

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA CONVENTION DE PORTE-FORT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le samedi 11 juin 1932, à 14 heures

PAR

CODREANU

Président : M. RIPERT, professeur

*Suffragants : { M. HÉMARD, professeur
 { M. HAMEL, agrégé*

PARIS

JOUBE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1932

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552606_0016

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA CONVENTION DE PORTE-FORT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le samedi 11 juin 1932, à 14 heures

PAR

CODREANU

Président : M. RIPERT, professeur
Suffragants : { M. HÉMARD, professeur
M. HAMEL, agrégé

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1932

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



LA CONVENTION

DE

PORTE-FORT

INTRODUCTION

Le principe en matière de contrat, est à l'opposé de l'idée du porte-fort, car les conventions sont établies et arrêtées entre les parties directement.

Il y a à ce mode de procédé de tels avantages que l'ensemble des contractants le pratiquent.

Cependant il peut se produire des cas où une personne a besoin de l'intermédiaire d'une autre personne pour accomplir tel ou tel acte. Cette personne peut être un mandataire légal ou conventionnel.

Nous connaissons dans le droit civil des exemples fréquents de mandataire légal ; c'est le tuteur, c'est le mari en ce qui concerne l'administration des biens de sa femme.

Nous connaissons également des exemples de mandataire conventionnel à l'infini, un représentant de commerce par exemple, un gérant, un directeur. Nombreuses sont les théories de droit qui ont déjà examiné la situation particulière de ces

personnes dans la réalisation des actes juridiques. Mais en dehors de la théorie du mandat ou de la gestion d'affaires, il y a place à une situation particulière qu'on appelle le porte-fort.

Le porte-fort se trouve dans une situation particulière et la définition qu'on a donnée de ses attributions peut varier à l'infini.

L'idée reste la même, c'est que le porte-fort est une personne qui s'engage à rapporter la ratification du contrat d'une autre personne.

Ce mode de procédé est légal ; il est depuis très longtemps pratiqué, puisque depuis les plus anciennes origines de l'antiquité, on trouve des exemples de porte-fort assez curieux, notamment celui signalé par M. ESMEIN (1). lorsqu'il rapporte l'épisode de Démodochus et parle des amours d'Arès et d'Aphrodite, ou Poséïdon prendra tout à fait la position de porte-fort puisqu'il garantit l'exécution du fait d'autrui.

Nous n'avons pas à voir si les dieux de l'Olympe se faisaient du porte-fort la notion juridique actuelle, mais il est évident que l'idée était connue des Grecs.

Par conséquent, l'objet de la convention de porte-fort est d'enlever toute difficulté pouvant avoir comme origine l'absence ou l'incapacité d'une personne ce qui aurait pour résultat de rendre la formation d'un contrat impossible.

1. *Mélange archéologie et histoire*. Rome, t. 8, p. 426 et sqq.

PREMIÈRE PARTIE

La Convention de porte-fort dans son histoire et dans sa source

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Cette clause rend beaucoup de services dans la vie privée, elle en a rendu depuis des siècles, et nous sommes étonnés de ne trouver dans le droit civil, qu'un article, l'article 1120 qui exprime la réalité juridique du porte-fort.

On pourrait prétendre que la faculté des communications et que la pratique du mandat atténuent l'usage de ce procédé. Nous ne le croyons pas, car s'il est vrai que les gens puissent employer ce système du mandat, ils ont par contre pris l'habitude de se déplacer au loin bien souvent et en ce qui concerne les incapables on ne fera pas que les motifs de leur incapacité rendront toujours nécessaire la convention de porte-fort.

Bien mieux, je dirai qu'avec le développement

des affaires, la rapidité avec laquelle elles doivent être traitées, la complexité de pouvoir à un moment donné, au moment psychologique, réaliser l'accord de tout le monde, on est obligé de se servir de cette pratique.

Peut-on dire, à cause justement des incapables et plus particulièrement de mineurs, que la convention de porte-fort a un caractère frauduleux et qu'elle devrait encourir la sévérité des juges ?

Nous ne le pensons pas parce que d'abord l'acte en soi est régulier et parce que les incapables sont protégés d'une telle armature de textes qu'ils ne courent aucun risque.

Bien souvent des hommes consciencieux chargés de l'intérêt des jeunes gens voient de grands obstacles, fort coûteux, pour arriver à réaliser une affaire très avantageuse en leur faveur, et décidés cependant à agir, préfèrent prendre leur responsabilité personnelle et accomplir leur devoir, que d'abandonner quelque chose qui peut être la source de bénéfices pour l'incapable.

Ils sont d'autant plus poussés à agir de la sorte que la clause de porte-fort en soi, n'est pas cachée au tiers, avec lequel le porte-fort traite.

Ce tiers le sait, l'indication de porte-fort est spécifiée : il n'ignore pas qu'il y aura plus tard une ratification et c'est pourquoi d'ores et déjà je repousse complètement la théorie en vertu de laquelle le porte-fort s'oblige personnellement à accomplir l'engagement si l'incapable, par exemple,

ne veut pas ratifier ultérieurement la convention.

Il a déjà été écrit des choses fort intéressantes sur la question et nous reprendrons des mots de La Bruyère : Tout est dit et l'on vient trop tard... » Mais nous pensons que cet exposé tout en analysant la théorie déjà connue en la matière, établira que le porte-fort n'a rien de comparable aux autres manières de s'engager, comme la gestion d'affaires ou le cautionnement — et qu'il est en soi un contrat *sui generis*.

CHAPITRE II

DROIT ROMAIN

Nous ne pouvons entamer une étude de cette importance sur ce sujet, sans dire quelques mots de la façon dont les Romains interprétaient cette convention ; car le but de cet exposé n'est pas de faire de l'historique dans la convention de portefort, en droit romain, dans ses applications, mais nous devons noter cependant que ce contrat existait en dépit des règles romaines : *Nemo allienum factum promittere potest*.

Quelques exemples pourront être tirés notamment des Institutes (1). On propose le cas suivant : PRIMUS promet quelque chose à TERTIUS pour TITIUS absent. D'après les principes généraux comme la stipulation pour autrui n'existe pas, cet engagement est nul ; JUSTINIEN nous dit cependant qu'on employait la formule *Spondesne se effecturum ut, Titius* ? Il ne promet pas d'accepter l'obligation, il promet simplement que TITIUS acceptera cette promesse si TITIUS n'exécute pas la promesse, TERTIUS doit réclamer à PRIMUS des

1. Institutes, III, 19 de inutilibus stipulationibus.

dommages-intérêts. On trouvait même des exemples où cette formule était sous-entendue dans les contrats passés ; et on en trouve une manifestation dans la stipulation prétorienne *Alium sisti* (1). ULPIN s'appuie sur une citation de Celse pour préciser que celui qui a promis conformément à cette stipulation prétorienne est tenu de la même façon que s'il avait promis une « pœna » en cas de non comparution.

Dans tous les contrats de bonne foi, par conséquent, les juges pourraient interpréter la volonté des parties derrière les termes employés. D'autres cas sont encore cités dans la clause de porte-fort, par exemple le cas où un représentant intente un procès pour affaire bien que n'étant pas *cognitor*.

Ces quelques exemples suffisent à nous montrer que les Romains utilisaient au besoin le porte-fort.

1. *Digeste* de V. O. 45. I. L. 80.

CHAPITRE III

LES PRÉCURSEURS DU CODE CIVIL

Nous devons, avant d'aborder le fond du sujet parler de DOMAT et de POTHIER qui sont les seuls dans l'Ancien Régime à avoir étudié la question. Comme d'autre part, ils ont eu une très grande influence sur la rédaction du Code civil, il convient de voir quelle était leur idée.

DOMAT dit textuellement « si un tiers traite pour un absent, sans avoir eu ordre mais s'en faisant fort, l'absent n'entre dans la convention que lorsqu'il ratifie » (1).

« S'il ne le fait pas, ce tiers sera tenu ou de la peine à laquelle il se sera soumis, ou du dommage qu'il aura causé, selon la qualité de la convention et où il aura été donné lieu suivant la circonstance. Mais, après que l'absent a ratifié ce qui était géré pour lui, quoiqu'à son préjudice, il ne peut pas se plaindre. »

D'après cet auteur, le porte-fort conformément à la théorie que nous avons adoptée, n'a qu'une seule obligation celle de rapporter la ratification

1. DOMAT, *Loi civile*, livre I, titre I, section 2, art. 6.

de tiers ; il peut seulement être condamné à payer des dommages-intérêts car le tiers peut avoir subi un préjudice. Nous verrons toutefois dans la discussion sur le but de la convention de porte-fort si le principe des dommages-intérêts est lui-même justifié.

POTHIER a développé d'une façon plus ample, cette question et l'opinion qu'il émet est d'autant plus importante qu'elle a dicté la conduite de rédacteurs du Code civil.

C'est dans le « *Traité des obligations* » que POTHIER traite de la question: il n'admet pas en principe l'existence de la convention de porte-fort s'appuyant sur la règle latine, les mots *Nemo alienum factum proemitere potest* (1).

Il prétend comme seules valables, les conventions passées directement entre les parties et qu'une personne ne peut s'engager pour autrui : cette règle serait-elle intangible ? Ce n'est pas son opinion cependant, puisqu'il ajoute que celui qui a promis qu'un tiers exécutera telle obligation, a promis qu'il se faisait fort de la ratification et bien que ce ne soit pas exprimé, il conclue qu'il devra des dommages-intérêts en cas de non ratification.

Il parle dans le paragraphe 56 de l'adjonction d'une « pœna » qui aurait le même avantage que le porte-fort pour l'application des règles de droit strict; il ajoute afin de bien souligner le caractère

1. *Traité des obligations*, § 56 et 75.

de cette convention de porte-fort, que, de ce chef, vous vous soumettez à payer une certaine peine, ou même simplement des dommages-intérêts en cas d'inexécution ; il n'est pas douteux qu'en ce cas vous n'avez pas entendu prendre simplement le fait d'autrui, mais que vous avez entendu vous faire fort de lui.

Dans le paragraphe 75 enfin, il parle de la situation particulière dans laquelle il assimile le fait de porte-fort à la gestion d'affaires.

Il s'exprime d'une façon très détaillée : si le tiers ne ratifie pas, la convention est nulle à son égard ; mais si je me suis fait fort de telle promesse, si j'ai promis de la faire ratifier c'est une convention que j'ai eue en mon nom avec la personne avec qui j'ai contracté, avec laquelle je suis en nom, obligé au rapport de cette ratification à charge par moi de la compenser en dommages-intérêts, c'est-à-dire la perte avec manque de gagner ; par conséquent, il s'ensuit que dans le calcul des dommages-intérêts, POTHIER se montre très sévère et tient compte non seulement du préjudice en soi mais du manque à gagner.

Cette théorie nous paraît bien stricte puisque nous sommes partis du principe que le tiers avec lequel le porte-fort traite est au courant de la condition de porte-fort.

Il sait que la personne avec laquelle il a traité n'a pas pris le contrat pour elle-même ; il sait qu'elle agissait pour le compte d'un mineur ou

d'un absent, puisque dans la rédaction de l'écrit, cette stipulation indispensable était marquée, puisque le tiers avec lequel le porte-fort a traité a connu les risques ; il nous paraît trop sévère de condamner ce dernier à des dommages-intérêts. C'est donc le principe du dommage-intérêt qui peut être discuté.

Voici quel était l'état d'esprit des hommes qui ont eu sur les rédacteurs du Code civil une grosse influence ; examinons maintenant comment a été inséré l'article 1120 du Code civil ; est-ce que l'article 1120 du Code civil résume en lui seul toute la théorie ? Allons-nous trouver dans d'autres articles du Code une allusion à l'application de la théorie du porte-fort ; est-ce que notamment l'article 1142 du Code civil ne suffirait pas en soi, puisqu'il prévoit qu'en cas d'inexécution de toutes les obligations la personne est condamnée aux dommages-intérêts.

CHAPITRE IV

LE CODE CIVIL

Pourquoi les Rédacteurs du Code civil ont-ils fait cet article 1120, puisque l'article 1142 aurait suffi par la sanction de dommages-intérêts qu'ils prévoient ?

Le texte de l'article 1120, en effet, n'est pas rédigé avec la clarté d'exposé qu'on aurait pu prévoir chez les auteurs qui s'inspiraient de POTHIER.

Il nous faut donc voir comment cet article a été élaboré, pour nous rendre compte de la brièveté de son texte.

Au Conseil d'Etat, lorsque les articles 1119 et 1120 ont été adoptés sans discussion, dans la séance du 2 brumaire an XII, BIGOT PREAMENEU n'a pas cru devoir donner d'autres précisions, puisqu'il déclarait que les dispositions contenues dans le titre 3 du Code civil étaient toutes tirées du droit romain.

Le projet fut communiqué le 21 frimaire an XII, à la section de législation du tribunat, où il ne rencontra aucune objection.

Devant le corps législatif, BIGOT PREAMENEU s'appuyant sur l'autorité de la tradition romaine déclare notamment : « Il serait difficile de perfectionner la législation romaine sur ce point, on peut seulement lui appliquer une meilleure méthode, et il termine par un hymne au droit romain qui n'aura pas l'autorité de la loi civile de France, mais qui aura l'empire moral que donne la raison sur tous les peuples ; la raison est leur loi commune. C'est un flambeau dont on suit spontanément la lumière.

Les dispositions du Code civil relatives au contrat seraient bien mal entendues si on les envisageait autrement que comme les règles élémentaires d'équité, dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines. »

Commentons les articles 1119 et 1120 du Code civil. Ils précisent que le consentement de la personne qui s'oblige est nécessaire, que nul ne peut sans un pouvoir particulier, obliger une autre personne et que celui auquel on aurait promis le fait d'un tiers, n'aurait qu'une action en indemnité, contre la personne ayant donné cette promesse, si le tiers refusait d'y accéder ; par conséquent, il ne voit pas l'éventualité, où le tiers ne sanctionne pas, sans se demander qu'elle est la situation du promettant après la ratification. Dans le rapport fait par le tribun Favart, nous y voyons encore la glorification du droit romain, du savant DOMAT et de POTHIER.

Pour les articles 1119 et 1120, il n'ajoute pas grand chose à ce qui avait déjà été dit à ce sujet. « Si je me porte fort, dit-il, pour un tiers, l'engagement est valable, si le tiers ratifie, — mais il n'est pas obligé à la ratification, et s'il la refuse, je suis passible de dommages-intérêts de celui avec qui j'ai traité. »

Il fait donc la même omission que BIGOT PREAMENEU. Il ne voit simplement que le défaut de ratification, il ne voit pas la situation du promettant, même où le tiers ratifierait.

Dans le cas législatif, le tribun Moricault, recommence le même exposé dithyrambique sur le droit romain, il parle à nouveau de ce législateur remarquable et il est inutile qu'on fasse ici cette citation qui se termine par un hommage à DOMAT et à POTHIER.

Cependant il arrive aux articles 1119 et 1120, et il est obligé de donner quelques explications.

A ce sujet, il s'appuie beaucoup plus sur l'article 1119 qui vise plus spécialement la stipulation pour autrui, mais il est pour ainsi dire muet sur l'article 1120.

De toutes les façons, lorsqu'on voit ses travaux préparatoires du Code civil, on se rend déjà compte que, tout en ayant l'air de suivre la tradition de la vraie loi romaine, comme disent les juristes de l'époque, ils n'ont fait qu'en réalité que d'appliquer les théories de POTHIER.

En compulsant ce dernier, ils ont simplement

tiré ce qu'il y avait de plus important, dans ses explications et ils ont été obligés de se rapporter au texte de droit romain dont POTHIER s'était inspiré et c'est certainement à cause de ce défaut de méthode, que nous trouvons les choses aussi bizarres, fruit même des travaux préparatoires.

Si même ils avaient voulu s'en tenir à l'interprétation de la formule les mots *Alienum factum promittere potest*, s'ils avaient voulu être logiques avec eux-mêmes, il n'auraient pas été troublés, par les effets produits, dans l'application de cette formule, mais ils furent inquiets des conséquences de la rigidité du principe, et c'est pourquoi nous ne trouvons pas d'explications intéressantes dans les paroles exprimées par les différents juristes dont nous venons de parler.

Ces grandes phrases, contenant un hommage au droit romain, des louanges superfétatoires, ne sont en réalité qu'une façon déguisée par leurs auteurs de ne pas donner de précisions sur la question et c'est pourquoi nous retrouvons dans l'article 1119 qu'on ne peut guère détacher de l'article 1120, le terme « en général », placé là de façon à ne pas être trop précis. La règle romaine voyait son application stricte très attaquée ; l'article 1120 avec le mot néanmoins qui est le début, nous montre bien que dans l'esprit des auteurs il s'agissait là d'une nouvelle exception.

Lorsqu'on a examiné tout à l'heure toute l'importance pratique de l'application de l'article 1120

du Code civil, on peut être étonné que le Code civil ait été si bref, et on est surpris que les hommes qui depuis un siècle pratiquent la convention de porte-fort n'aient pas eu entre eux plus de difficultés à propos de son application.

CHAPITRE V

LA CONVENTION DE PORTE-FORT DEPUIS LE CODE CIVIL

Depuis cette époque, d'autres juristes ont essayé d'interpréter la convention de porte-fort et nous ne sommes pas surpris de voir que leurs interprétations ont excessivement varié, que leurs opinions sont tout à fait divergentes tant en ce qui concerne la définition même de ce qu'est le porte-fort comme convention, qu'en ce qui touche les conséquences, en cas de non ratification, et encore mieux, en ce qui concerne les conséquences en cas de ratification.

La jurisprudence, d'ailleurs, est semblable à la doctrine et nous aurons l'occasion de voir tout à l'heure qu'elle a, elle aussi, varié, au point qu'on ne peut pas construire une théorie de la convention de porte-fort, même sur la pratique des tribunaux.

Il n'y a dans tous les textes, aucune idée directrice, pour un mode de convention qui a cependant une importance capitale, et qui est si fréquemment employé.

En général, la théorie juridique s'inspire d'une

idée basse, et si des interprétations qui sont données peuvent varier, ceux qui, dans la pratique, sont obligés de s'en servir, ne sont pas fixés sur les droits respectifs des parties.

Il nous paraît donc inutile de reprendre chez les principaux juristes du xix^e siècle, des opinions qui ont été émises, car nous ferions un travail de critique individuelle pour chaque, qui n'est pas le but de notre exposé.

Tous les auteurs un peu importants qui ont illustré la science juridique ont été obligés d'aborder le sujet : DELVINCOURT, TOUILLIER, LORANT COLMET DE SANTERRE, LAROMBIÈRE, AUBRY et RAU, DEMOLOMBE, BAUDRY-LACANTINERIE, MM. PLANIOL et RIPERT dans leur *Traité de droit civil*, et M. CAPITANT également.

Chacun a donné des idées intéressantes, mais il est bien évident qu'on sent que le sujet, ne fait pas l'objet de préoccupations premières, et qu'on le traite parce que l'article 1120 existe dans le Code civil et qu'il faut en donner une interprétation.

Maintenant que nous avons exposé la position de l'article 1120 du Code civil dans l'évolution historique de la convention de porte-fort et que nous avons démontré, comment les auteurs de cet article s'étaient en somme fort peu préoccupés des effets de son application, il nous paraît intéressant d'aborder l'analyse juridique de la clause de porte-fort.

Il faut tout de suite, pour bien se rendre compte de la question, voir comment la clause a pu naître dans le texte lui-même. Les deux textes si importants cependant fort courts, sont en effet, les suivants :

ARTICLE 1119. — « On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même ».

ARTICLE 1120. — « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.

Par conséquent, la personne qui prend l'engagement est débitrice d'obligations et elle a contre elle le droit du créancier résultant de la stipulation.

L'expression « même en son propre nom » précise bien que celui qui promet ne s'exécute pas au nom d'autrui, comme un mandataire et c'est d'ailleurs pourquoi nous verrons comment plus tard nous écarterons l'explication tirée de la gestion d'affaires.

Celui qui promet, ne s'engage lui-même à rien, ainsi que le disait POTHIER, la convention ne peut obliger ni ce tiers, ni moi, elle ne peut obliger le tiers, car il n'est pas en mon pouvoir d'obliger un autre sans son fait. Elle ne m'oblige pas non plus, car, puisqu'on suppose que j'ai promis pour un autre, et non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger ».

CHAPITRE VI

L'ARTICLE 1119 ET 1120 DANS LA DOCTRINE

Par conséquent, ce qui est inséré dans l'article 1119 est en somme une traduction littérale du texte romain et le porte-fort produit son effet, quand l'homme qui s'engage entend se lier lui-même.

Ce texte a été vivement critiqué par les auteurs, et on se demande en effet, comment en faire l'interprétation ; s'il veut dire qu'une convention ne peut exister sans la volonté des parties contractantes, il indique, une vérité très éclatante et par conséquent il est inutile.

C'est l'application des règles générales du droit, c'est en somme l'article 1165 exprimé sous une autre forme.

S'il établit qu'une telle promesse est inefficace, et s'il pose comme principe qu'il n'existe aucun lieu obligatoire même vis-à-vis de celui qui promet, c'est alors un article à supprimer du Code, puisqu'il demeure sans application.

Fort heureusement l'article 1120 qui nous occupe, est plus intéressant à étudier et en ce qui le

concerne, nous ne voyons pas l'ensemble des auteurs, blâmer sa présence dans le Code.

L'article 1120, pose comme règles, qu'une personne peut promettre le fait d'autrui, et prendre l'obligation de rapporter la ratification du tiers, absent ou incapable, qui ne peut figurer dans l'acte, il se porte fort.

L'article 1120 a son utilité, puisqu'il y a une obligation valable, une promesse solennelle et qu'il y a une sanction à cet engagement. La façon dont l'article 1120 est placé après l'article 1119, laisserait supposer que ces articles s'appliquent au même domaine du droit.

La conjonction néanmoins paraît en effet impliquer que nous suivons la même idée, que nous sommes sur le même terrain, que le mot stipulation pour autrui, qui est porté dans l'article 1119, est l'objet de l'article 1120, il n'en est rien, car dans l'article 1119, on vise la stipulation pour autrui, c'est-à-dire le fait du tiers qui ne fait pas partie du contrat, comme par exemple dans l'assurance sur la vie, tandis que dans l'article 1120, il ne s'agit plus de cette stipulation, mais bien d'une promesse, pour autrui.

Le porte-fort, ne s'oblige pas au fait du tiers, il en promet la ratification, et contrairement à une interprétation possible de l'article 1120 du Code civil, nous pensons, conformément à la tradition romaine que, si le tiers déclare ratifier la convention, le porte-fort est complètement dégagé et que si,

par contre, le tiers ne veut pas ratifier la convention, l'obligation de faire qu'a prise le porte-fort, n'a plus d'exécution possible et que le porte-fort sera passible de dommages-intérêts vis-à-vis de la personne avec laquelle il aura traité.

Nous écartons donc d'ores et déjà l'idée que le porte-fort pourra être contraint à l'obligation de faire, pour laquelle il avait engagé autrui et pour ne prendre qu'un exemple rapide en passant, je ne vois pas comment le frère d'un statuaire qui aurait pris la responsabilité vis-à-vis d'une personnalité de faire exécuter son buste par le dit frère, pourrait être contraint de l'exécuter lui-même, car il s'agit d'un travail pour lequel il n'aurait peut-être aucune espèce de compétence.

Dans tous les cas, on voit mal le co-contractant se contenter de la faible valeur artistique du frère d'un sculpteur célèbre et ne pas préférer des dommages-intérêts.

Nous aurons l'occasion de voir comment nous envisageons la solution proposée aux termes de laquelle le porte-fort peut prendre l'obligation pour son propre compte, l'accomplir et par cela être dégagé de toute condamnation possible et des dommages et intérêts.

Nous verrons notamment combien l'interprétation de cette volonté du porte-fort est sujette à caution, et comment la liberté qui lui serait ainsi donnée pourrait être dommageable à la partie avec laquelle il a contracté.

Autant nous pourrions critiquer la théorie en vertu de laquelle celui qui stipule avec le porte-fort ne peut prétendre à recourir contre lui pour des dommages d'intérêts excessifs autant, afin d'être logique, prétendons-nous que le stipulant ne peut être victime de la trop grande facilité accordée au porte-fort soit d'amener la ratification de la tierce personne, soit de prendre l'obligation pour son compte ; d'ailleurs à quoi servirait cette stipulation, point n'est besoin de l'article 1120 du Code civil.

En ce qui concerne maintenant la garantie par le porte-fort de l'exécution du fait d'autrui, nous devons prendre position et nous prétendons, qu'il est délivré dès que le tiers a pris l'engagement ; à ce sujet là je ne comprends pas les divergences d'opinion qui ont pu se manifester parmi les doctrinaires car, malgré la brièveté de l'article 1120 du Code civil, il a cependant prévu cette éventualité. Il dit textuellement « sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ». Il ne faut tout de même pas faire dire au texte plus de choses qu'il n'en dit et quand par hasard, dans un sujet où les éléments juridiques du texte sont si pauvres, nous trouvons une application précise, point n'est besoin de dissenter sur ce que le texte comprendrait mais n'exprimerait pas.

Les ouvrages des doctrinaires traitent bien de ce point délicat, mais donnent des opinions tout à fait différentes.

Comment peut-on tirer des quelques lignes précises de l'article 1120 du Code civil des conclusions que l'article lui-même n'exprime pas. Est-ce par comparaison avec un autre article du Code civil, mais l'article 1120 n'y renvoie pas.

Est-ce par une analyse très particulière des expressions employées, mais cette analyse elle-même ne peut se faire qu'en ajoutant ou en sous-entendant des pensées que le législateur n'a pas eues, il faudrait entrevoir alors des stades dans la responsabilité du porte-fort et on ne comprendrait pas pourquoi il aurait renvoyé en fin de texte, l'obligation la moins pénible à remplir pour le porte-fort.

Alors même que nous admettrions cette interprétation, il faudrait ajouter quelque chose au texte, il faudrait exprimer après les mots « celui qui s'est porté fort, une obligation de faire lui-même ou la responsabilité de la non exécution après la ratification quand le tiers s'est engagé ».

Pour compléter notre idée à ce sujet, n'allons-nous pas prétendre que ce texte si court, même une fois rédigé pouvait comprendre une proposition subordonnée, conditionnelle, en spécifiant notamment, par exemple, cette expression, si le tiers ne veut plus exécuter l'engagement pris. Or, le texte porte très bien « si le tiers refuse de tenir l'engagement » ; tenir l'engagement signifie bien qu'il correspond au vœu du stipulant avec le porte-fort, mais n'implique pas que le refus d'exé-

cution postérieure à la ratification entraîne la responsabilité de ce dernier. Nous avons exprimé notre opinion, en ce qui concernait le travail personnel des rédacteurs du Code, dans la rédaction des articles 1119 et 1120, nous avons vu, que pour ne pas avoir à prendre parti sur les effets résultant d'une obligation que nous considérons comme « *sui generis* » les rédacteurs du Code civil, après avoir rendu hommage à la raison vivante juridique que représentait le droit romain s'étaient abstenus de tout commentaire.

Mais cependant, aussi bref qu'ait été l'article 1120, il comprend au moins l'idée que s'en faisaient les juristes dont nous avons donné les explications lors des discussions préliminaires du titre III du Code civil.

Or, il leur eût été très facile de choisir leurs termes, puisque ceux-ci étaient fort peu nombreux et de ne pas avoir employé une expression autrement importante que simplement le mot, « faire ratifier » qui comprendrait dans leur esprit toute l'obligation du porte-fort.

Il ne faut pas oublier que, tout en respectant la tradition romaine, les rédacteurs du Code, se sont plus particulièrement inspiré de POTHIER, ainsi que nous avons eu l'occasion de le démontrer déjà depuis le début de l'exposé.

Or, d'après cet éminent juriste, si quelqu'un se porte-fort d'une personne, si elle prend l'engagement de la faire ratifier, j'emploie volontairement

les expressions de POTHIER dans le 2^e alinéa du paragraphe 75, il n'y a pas d'autre objet à la convention du porte-fort, sinon POTHIER n'aurait pas manqué de se servir d'une conjonction et d'écrire « si je me suis fait fort d'elle », ou « de la faire ratifier ».

Aussi si nous constatons une divergence entre la rédaction du 2^e alinéa du paragraphe 75 du livre de POTHIER et la rédaction des deux dernières lignes de l'article 1120 du Code civil qui emploie l'expression « ou » nous devons en conclure que les rédacteurs du Code, dans le fond, sinon dans la forme, ont suivi la tradition du jurisconsulte Justinien.

Après avoir analysé le caractère juridique du porte-fort d'après l'article 1120 du Code civil, nous devons nous attacher maintenant à quelques caractéristiques particulières, qui sont à notre avis, l'une des preuves que le porte-fort une obligation *sui generis* et que, notamment ils se dégagent complètement du cautionnement, auquel certains civilistes ont crû devoir, non seulement le comparer, mais l'amalgamer.

CHAPITRE VII

DE LA NOTION QUE LE PORTE-FORT EST UNE OBLIGATION A CARACTÈRE PARTICULIER

Lorsqu'on est en présence d'une obligation en droit civil, dont on n'a pas une théorie générale précise, et dont il faut rechercher les éléments par interprétation, par tradition, par comparaison, il est toujours aisé, afin d'éviter l'analyse profonde de cette obligation, de dire tel contrat en réalité, c'est tel autre contrat. Aussi pourrions-nous être tentés après avoir pris ce procédé de définition, de déformer la réalité de l'obligation pour l'adapter à la forme et aux conditions du contrat auxquels ils l'ont comparé.

Il est aisé de dire : la promesse pour autrui, c'est un cautionnement ; la promesse pour autrui, c'est de la gestion d'affaires ; le plus difficile c'est lorsque l'on analyse les effets pratiques des obligations du porte-fort d'arriver aux mêmes effets pratiques du cautionnement et de la gestion d'affaires : nous en avons là une preuve flagrante en ce qui concerne la formation de contrat de porte-fort,

et du cautionnement, puisque comme nous allons le démontrer, la convention de porte-fort peut se présumer et n'a besoin d'aucune forme solennelle ou écrite, tandis que le cautionnement exige des formes telles que la non observation de celles-ci amène l'annulation ; or justement, la convention de porte-fort n'a aucun caractère solennel.

L'article 1120, qui assimile la convention de porte-fort à la promesse de faire ratifier précise bien que les conséquences juridiques sont identiques ; si celui qui s'engage prend une formule équivalente, peu importe à partir du moment où il s'est obligé. Il a manifesté l'intention d'engager sa responsabilité, il n'y a pas besoin de forme à cela.

Toutefois, pouvons-nous dire que quelqu'un qui prend pour une autre personne en son nom, un engagement, a toujours l'intention de réaliser une promesse de porte-fort.

Nous n'allons pas examiner chez tous les auteurs, les interprétations diverses qui ont été données et les réponses fournies à cette question. Les uns refusent purement et simplement à la personne qui fait une simple promesse pour autrui, la présomption de la clause de porte-fort.

A l'appui de cette théorie ils rappellent que l'article 1119, serait complètement anéanti en dépit de l'inutilité de cet article dans le code, car elle aurait pour résultat de valider la promesse du fait d'autrui, puisqu'il y a un texte de loi, disent-ils, quelle

que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur sa présence dans le Code, il y est, et nous sommes bien obligés d'en tenir compte.

D'autre part, pour admettre cette interprétation, il faudrait chercher en dehors du Code une disposition qui n'y est pas, enfin il ne faut pas oublier qu'il y a des règles générales de droit, et qu'on doit toujours s'en inspirer en interprétant les textes dans le sens le moins rigoureux pour le débiteur d'une obligation. De plus, une question pratique se pose et le juge auquel sont soumis les cas d'espèces, sera toujours tenté d'adopter la thèse de la présomption. Si le mot n'y est pas, la pensée s'y trouve et le juge y serait d'autant plus poussé qu'il ne pourrait être empêché par des textes précis en la matière.

A tous ces arguments fort intéressants, certains pourraient répondre que la présomption de la promesse de porte-fort doit exister dans tout contrat visant le fait d'autrui.

Les raisons à invoquer par ces doctrinaires sont les suivantes : nous sommes en présence, au point de vue juridique, de quelque chose de simple ; c'est l'interprétation d'une volonté et on peut poser le dilemme suivant. Ou bien celui qui promet le fait d'un tiers n'a établi cette promesse qu'au cours d'une entrevue sans portée, que comme une observation qui n'a dans ce cas aucunement le caractère d'un engagement et il est très net que celui qui a promis dans ces conditions ne peut être

tenu comme d'une véritable obligation ou alors il s'agit d'un engagement précis, étudié, dans lequel le promettant a supputé par avance toutes les chances de la réussite, a examiné les conditions de la promesse, a vu quels pourraient être les effets d'une non ratification, a pressenti la demande de dommages-intérêts qu'il devrait régulièrement payer et dans, ce cas, on ne peut valablement prétendre qu'il n'a pas voulu s'engager d'une façon sérieuse.

Cette idée de présomption n'est d'ailleurs pas nouvelle, et puisqu'en cette matière, nous devons toujours nous en référer à la tradition juridique, il ne faut pas oublier que POTHIER en avait déjà émis l'idée et tout en faisant appel à cette référence, nous devons ici conclure que c'est une pure question de bon sens.

Les mêmes auteurs se reportent également, par comparaison cette fois, à un autre article du Code civil, l'article 1157 qui spécifie : quand une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

Evidemment, ce deuxième système d'interprétation nous paraît tenir compte d'une façon judicieuse, des divers éléments de la promesse d'autrui, et de l'interprétation littérale et classique de ce que l'on appelle une présomption.

Evidemment, certains auteurs pourraient pré-

tendre que nous ruinons complètement l'article 1119, du Code civil, que de ce chef on ne comprend même pas, comment l'article 1120 qui le suit a pu être considéré par les auteurs du Code comme s'y rattachant. Nous avons expliqué tout à l'heure déjà pourquoi, à notre avis, cette expression « néanmoins placé » en tête de l'article 1120, n'était qu'une forme de rhétorique qui ne correspondait en rien à la réalité.

Nous avons vu que l'article 1119 concernait la stipulation pour autrui, nous pouvons donner l'exemple de l'assurance vie ; en quoi cette assurance vie peut être comparable à une clause de porte-fort. Dans la stipulation pour autrui, le tiers est inconnu, il est derrière le rideau, il n'interviendra jamais dans le contrat, c'est le bénéficiaire en cas de décès. Il ne comparaît pas lors de la signature de l'engagement. Mais, allez-vous répliquer, il en est de même dans la promesse pour autrui, au moment où le porte-fort prend l'engagement avec le stipulant, le tiers qui doit ratifier n'est pas là ; seulement la grande différence est qu'il est obligé d'intervenir pour que la convention de porte-fort ait sa réalisation.

D'ailleurs, en ce qui concerne la question que nous venons d'agiter, c'est-à-dire, le fait qu'il existe un article 1119 du Code civil, nous n'avons pas besoin dans notre exposé qui vise l'article 1120, de savoir, si oui ou non, cet article doit être respecté, ou s'il faut le considérer comme lettre morte.

Ceci est tellement vrai que la jurisprudence d'une façon constante, ou presque, a, depuis un siècle, tendu à mettre à néant, les effets de l'article 1119, tandis qu'elle a eu au contraire, pour principe général, d'étendre les faits de l'article 1120 du Code civil ; nous trouvons notamment des décisions dans lesquelles elle a admis que le porte-fort pouvait prendre l'exécution de l'obligation pour son propre compte, ce qui nous paraît d'ailleurs tout à fait contestable.

En admettant même que les solutions de la cause, n'impliquent en soi une conséquence d'exécution d'obligation, dans laquelle celui qui exécute peut être n'importe qui ; une personne qui s'engage à faire apporter 10 mètres cubes de sable dans un terrain ; ces 10 mètres cubes de sable peuvent être apportés par les soins du porte-fort, alors que l'entrepreneur lui-même s'était obligé vis-à-vis de son client à les faire apporter par un autre collègue d'une autre partie du bâtiment et que placé devant la ratification de son collègue qu'il ne peut obtenir, il préfère encore à ses frais — et quelquefois dans des conditions pécuniaires plus onéreuses — faire le travail que d'encourir des dommages-intérêts.

Et bien, nous prétendons que, même dans l'exécution d'une obligation aussi banale, le stipulant peut se refuser à recevoir le sable parce qu'il peut avoir des motifs personnels pour que l'exécution du travail, que ne pouvait pas faire celui avec

lequel il a contracté (car c'est à lui qu'il aurait demandé l'obligation), soit faite par un autre entrepreneur déterminé.

Ce sable doit-il être apporté humide ? sec ? doit-il être déchargé par couches, doit-il être recouvert ? est-il nécessaire qu'il y ait une condition atmosphérique que seul l'entrepreneur spécialisé dans les sables était susceptible de connaître.

De toutes les façons rien que le contexte de l'article 1157, justifie pleinement à admettre l'opinion de la 2^e série des juristes. Cette opinion s'appuie, d'autre part, sur les décisions de jurisprudence nombreuses, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1853.

Plus claire encore est la phrase employée par le Tribunal de Tours, le 29 juin 1905, qui précise que l'intention de se porter fort pour des tiers, n'a pas besoin d'être formellement exprimée et peut s'induire des circonstances.

Malheureusement, comme je l'établissais au début de cet exposé, lorsque l'on croit dans ce domaine suivre une idée directrice au point de vue juridique, on est tout à fait déçu quand on s'aperçoit à quel point cette idée qui paraît simple, a été interprétée d'une façon divergente.

Nous avons examiné tout à l'heure justement, des divergences qui s'étaient produites dans les doctrinaires en ce qui concerne la présomption dans la clause de porte-fort, et comment les deux

théories s'étaient heurtées non seulement sur les effets juridiques généraux, mais sur l'interprétation même de texte très clair, comme l'article 1120 et comme l'article 1157. Cette divergence nous la retrouvons maintenant en jurisprudence puisque la Cour de Bourges écarte systématiquement la clause de porte-fort, lorsqu'elle ne se manifeste pas par une forme solennelle (1). Nous concluons donc à ce point de vue, que la convention de porte-fort peut se présumer, en dépit de l'arrêt de Bourges et à cause que l'opinion de la doctrine que nous avons exposée plus haut, en y ajoutant que toutes les fois que le Code civil a voulu manifester qu'un contrat devait revêtir une forme solennelle, il l'a exprimé.

Nous n'avons qu'à parcourir de nombreux domaines du droit civil où il s'agit de convention ou de contrat. Pour les uns, ne voyons-nous pas la présence obligatoire d'un notaire, elle est prévue expressément dans la loi, pour les autres, ne remarquons-nous pas, que même en l'absence de la solennité notariale, et lorsqu'il s'agit d'un acte sous-seing privé, la loi détermine certaines conditions de forme, par exemple le bon pour pouvoir ? lorsqu'il s'agit d'une procuration. Elle indique pour les testaments sous-seing privé certaines conditions à défaut desquelles le testament sera annulable, date, signature, etc...

1. Bourges, 24 février 1832. D. 32.2.128.

Or, si, pour la convention de porte-fort qui existe dans un article du code, rien n'a été prévu, en ce qui touche la forme extérieure, pourquoi prétendre, comme fait la Cour de Bourges, qu'il faut une forme spéciale dans la promesse pour autrui.

Pour montrer jusqu'à quel point certains juristes veulent compliquer une chose simple, il a été établi une doctrine aux termes de laquelle il ne pouvait y avoir de promesses de porte-fort, sans l'adjonction d'une clause pénale.

Certes nous ne critiquerons pas ces civilistes, de suivre une tradition romaine, jusqu'à la lettre, et nous nous reportons à ce que nous avons dit à ce sujet, lorsque nous avons étudié la promesse pour autrui en droit romain.

Que Justinien ait cru devoir faire cette assimilation avec la *Pœna* afin de justifier l'origine des dommages-intérêts et qu'il ait même ajouté que cette *pœna* devrait comprendre à la fois, la réparation du préjudice causé, et le manque à gagner, nous ne trouvons en cela que l'une des formes possibles de la convention de porte-fort, et nous critiquons ceux qui font de l'accessoire la condition fondamentale de l'existence.

CHAPITRE VIII

DE LA CLAUSE PÉNALE

En effet, s'il est toujours loisible d'ajouter à un contrat une clause, cette clause pénale n'a jamais été dans le droit français que l'accessoire du contrat. Quelle que soit la forme d'un contrat, vente, **louage**, on peut toujours prévoir qu'en cas d'inexécution, le contrevenant devra payer à l'autre une *pœna*, c'est-à-dire des dommages-intérêts, non seulement il y aura résiliation du contrat au préjudice de celui qui aura manqué à ses engagements, mais ce manquement en admettant même qu'il ne cause aucun préjudice supplémentaire pourra être sanctionné par le paiement d'une amende : donc, l'autre partie, c'est-à-dire celle qui aura exécuté l'obligation, n'aura pas à établir un compte. Qui dit préjudice, dit justification du préjudice.

Dans la *pœna*, il n'y a pas de justification à apporter. Nous trouvons une application fort intéressante de la *pœna*, dans la jurisprudence d'un certain nombre de tribunaux de commerce de province, et simplement en ce qui touche des demandes en paiement. Il semblerait, à première vue, que

lorsqu'une demande en paiement est portée devant un tribunal, le tribunal n'ait pas autre chose à faire que d'ordonner que la somme due soit payée par le débiteur, et qu'en outre, le débiteur paiera des intérêts depuis la mise en demeure et qu'il paiera les dépens du procès dont il aura été la cause.

Pendant très longtemps on a estimé qu'à partir du moment où le débiteur paierait à son créancier, sur l'exécution, le principal, les intérêts légaux et les frais, il aurait acquitté toute sa dette. Les tribunaux de commerce sont justement émus de voir comment des débiteurs de mauvaise foi souvent avaient intérêt à retarder pendant des mois le règlement de leurs traites, et comment cette pratique pouvait amener de profondes perturbations dans la trésorerie de chaque maison de commerce, et ils ont ajouté la *pœna* proportionnée à la valeur de la traite non payée, et au temps qui s'est écoulé depuis la présentation de la traite jusqu'au jugement.

Ces tribunaux justifient cette *pœna* avec des attendus dans le style suivant : « attendu que par son refus de payer, à échéance fixe, la traite qu'il avait acceptée, le débiteur a mis le créancier dans une difficulté commerciale qui ne lui permettrait peut-être pas lui-même de satisfaire aux obligations qu'il avait prises d'autre part, vis à vis de ses créanciers, qu'une telle pratique, si elle se propageait, serait de nature à compromettre le crédit commercial et à la suite de ces considérants une condam-

nation à 100 fr., 200 fr. de dommages-intérêts.

Par conséquent, cette *pœna* a véritablement, comme nous l'avons indiqué, un caractère tout à fait accessoire et venir prétendre maintenant qu'elle est obligatoire pour être la source d'une convention de porte-fort, c'est faire de l'accessoire la chose principale.

Cette clause pénale d'ailleurs n'est ajoutée que dans les cas, conventionnellement prévus, elle ne se présume pas. Où voyez-vous que le tuteur, par exemple, qui, en vertu de son mandat légal, peut, sous certaines conditions; se porter fort pour son mineur, est personnellement tenu d'une *pœna*, alors que le caractère du mandat est gratuit, que le tuteur ne tire aucun bénéfice personnel de la convention de porte-fort, que ce caractère gratuit apparaît d'ailleurs, non seulement lorsqu'il s'agit d'une personne qui agit en vertu d'un mandat légal, mais même d'une personne qui n'a aucun lien juridique qu'avec le tiers que certains appellent le port-fort, parce qu'ils veulent assimiler sa situation à celle du maître dans la gestion d'affaires.

A quoi bon cette clause pénale contre des gens qui, personnellement, ne tirent aucun profit de l'exécution d'un mandat.

Un des arguments, d'ailleurs, qui me paraît décisif, c'est que ces auteurs semblent perdre de vue complètement ce qui est écrit, dans l'article 1120 du Code civil, à savoir que celui qui s'engage est simplement tenu de rapporter la ratification.

L'objet du contrat n'est pas une pœna mais une obligation de faire.

Aussi pouvons-nous critiquer notamment la thèse de LAURENT, qui prétend que la présence de cette pœna est précisément la cause de la convention de porte-fort.

Or, il résulte de ce que nous venons de dire, une véritable confusion entre la ratification qui est surtout la chose qui vise le stipulant qui traite avec celui qui promet, et qui est la chose qui l'intéresse, sinon il ne passerait pas la convention, et la pœna qu'on peut ajouter accessoirement, mais qui ne représente même pour celui au bénéfice duquel elle est stipulée qu'une compensation, car il préfère l'obligation de faire que l'argent.

CHAPITRE IX

DOMAINE D'APPLICATION

Il faut maintenant aborder un domaine beaucoup plus pratique. Nous dirons que c'est celui qui touche les actes juridiques et les personnes susceptibles de faire l'objet d'une convention de porte-fort.

L'étude de ce domaine nous permettra de nous rendre compte de l'utilité de la convention de porte-fort dans la pratique des affaires courantes et de regretter une fois de plus qu'une théorie très nette ne puisse être édifiée, recueillant l'unanimité des auteurs et des magistrats, et ne mettant pas les justiciables appelés à rédiger ces conventions de porte-fort dans des situations telles que souvent, ils y renoncent.

Devant de telles divergences dans l'interprétation du principe même de la convention, comment un notaire, par exemple, prendra-t-il la responsabilité de passer à son étude une convention avec promesse de porte-fort.

[Nous savons bien qu'on recommandera à ce dernier, de bien stipuler dans son acte, la qualification des parties, qu'on lui fera une obligation de

lire même les textes visant la convention de porte-fort.

La chancellerie, les compagnies de notaires, ont imposé à ces derniers l'obligation stricte d'expliquer à leurs clients les inconvénients de l'acte, et les notaires se sont couverts en employant des formules rédigées de telle façon que le client a l'air d'avoir contraint le notaire de rédiger l'acte, en ajoutant une clause de style ainsi rédigée :

* Malgré les observations faites par l'Officier ministériel et sur la réquisition des parties... »

Et comme si cette formule pourtant déjà sérieusement établie, ne mettait pas encore assez en lumière le risque couru par le client, une autre pratique s'est établie chez les notaires. On ajoute, que, si malgré ces observations, les parties maintiennent leurs intentions, le notaire précise qu'il ne fait que prêter son ministère pour conférer l'authenticité à l'acte.

Et il se trouve des auteurs pour s'étonner que la convention de porte-fort ne soit pas plus développée.

Voilà donc un mode d'obligation qui existe depuis des siècles, qui est prévu par un article du code, sur lequel des décisions de jurisprudence sont rendues, sur lesquelles des juristes ont établi des théories des plus divergentes et à propos de laquelle une pression quasi-officielle est faite contre l'intention des parties, par des précautions inusitées dans la formule d'un notaire rédige, et à laquelle il faut

ajouter sa signature que par ordre et qui trouve moyen de subsister encore.

Cette survivance tenace est la meilleure preuve d'utilité incontestable dans la pratique et bien que certains juristes semblent considérer avec indulgence les malheureuses parties qui ont recours à ce procédé, il faut bien avouer qu'on ne fait rien contre les faits, et qu'en matière de partage d'ascendant, de partage ordinaire, de vente, cette forme d'obligation se retrouve assez fréquemment. On pourrait nous répondre en vertu même de notre opinion sur la présomption, que nous nous fions aux apparences, et que la rareté de la forme employée, dans les circonstances obligatoires des contrats notariés par exemple, est la preuve que le principe de notre présomption est inexistant puisqu'en réalité son champ d'application est immense, et pour ainsi dire incontrôlable, attendu que la convention de porte-fort n'exige aucune forme spéciale et qu'elle peut se présumer partout. L'exemple le plus fréquent est le cas d'une personne qui agit pour une autre, sans qualité, mais dans l'acte, prend celle d'un mandataire verbal.

En réalité, ce mandat verbal n'a jamais existé, puisque le porte-fort, comme on l'appelle à tort, chez certains auteurs, est ignorant de l'engagement. D'ailleurs, nous verrons tout à l'heure, en combattant la théorie du mandat, que le mandat et le porte-fort sont deux obligations différentes.

Mais reprenons notre exemple et supposons pour

un moment que la personne se dise mandataire verbale, alors que cette qualification est inexacte. Il suffira d'une ratification postérieure sans aucune espèce de forme, pour que la situation redevienne normale.

Et nous avons vu, à Paris, une pratique fréquente de la convention de porte-fort, avec la fausse qualification de mandataire verbal, lors de la signature, des baux, après la guerre, alors que la crise des loyers était à son comble.

Que de gens ont eu recours à son système, pour avoir immédiatement la sécurité d'un appartement ! On viendra prétendre que la rareté des actes notariés est la preuve que la convention de porte-fort est une exception dans la vie commune.

Le champ d'application de la convention de porte-fort, est connu de toute l'antiquité et la forme la plus saisissante de cette application est le cas, du tiers absent ou incapable, au bénéfice de qui, quelqu'un va s'obliger à rapporter sa ratification.

Les espèces sont nombreuses, plusieurs copropriétaires d'un immeuble peuvent, en l'absence de l'un d'eux, donner à bail l'immeuble commun et s'engager à apporter la signature de l'absent. Un capitaine au long cours, par exemple, qui ne reviendra que dans quelques mois, ceux qui prétendent trouver l'inutilité de la convention de porte-fort, vont-ils préférer que l'immeuble reste sans être loué pendant plusieurs mois, sous prétexte qu'en application de la règle *nemo alienum factum*

promittere protest, la présence de tous les propriétaires est obligatoire et qu'il faut attendre le retour du capitaine au long cours, pour que, non seulement ses frères, par exemple, mais lui-même au profit de qui la location sera faite, soient obligés en personne lors de la signature du bail.

Certains immeubles sont très difficiles à louer, ils ont un caractère industriel par exemple ; à la suite d'une faillite, d'une grosse firme, de nombreux hangars et des bâtiments vont rester sans occupants, parce que le locataire éventuel va être très difficile à trouver. Cette usine qui correspondait dans le but des administrateurs de la société en faillite, à certaines obligations de la localité, a été construite à grands frais pour satisfaire aux demandes du locataire, mais souvent sans que les propriétaires qui ont fait les travaux, y aient un intérêt personnel autre que le loyer élevé qu'ils pourront tirer de cette société locataire, parce que cette société, avait besoin de cet emplacement dans cette localité, à cause de ses débouchés, à cause de l'extraction des matières premières.

Un exemple typique se trouve dans la tannerie, qui exige des eaux spéciales pour les peaux, et la Bièvre est une rivière qui, de mémoire d'homme, est spécialement réputée pour ses eaux dans l'industrie de la tannerie.

Des immeubles bâtis au bord de cette rivière sont loués à une société qui fait faillite ; par suite du séjour désagréable dans cette usine à cause des

voisins, ces locaux ne peuvent être loués qu'à un tanneur et pas à une autre personne.

Les copropriétaires ont peut-être une occasion unique de trouver un locataire qui, précisément, est tanneur de son métier.

Va-t-on laisser passer cette occasion sous prétexte que les copropriétaires ne sont pas présents.

Une espèce plus délicate et qui donne lieu à beaucoup de critiques est celle du père ou du tuteur qui, afin d'éviter des formalités légales qui protègent à bon droit le mineur, essaye de se porter fort souvent dans l'intérêt de ce dernier, pour éviter le respect des formes légales qui pourraient les entraîner à une opération désastreuse.

L'objection est sérieuse, parce que si la loi a imposé toutes ces formalités rigides, c'est qu'elle a prévu tous les abus dont pourraient être victimes les mineurs qui peuvent se trouver en face d'un tuteur insolvable à leur majorité.

Pourquoi toutes ces délibérations, ces jugements, ces publicités, source de dépenses telles qu'elles finissent souvent par dépasser la valeur de l'immeuble vendu par exemple.

Qui est victime de cet état de choses ? Le mineur.

Des cas d'espèces seraient faciles à montrer, dans les ventes sur licitations d'immeubles de peu de valeur, où les sommes revenant aux mineurs, déduction faite de tous les frais sont presque nulles, et tout cet outillage de protection ne sert en réalité,

qu'à ruiner le mineur. Aussi le tuteur consciencieux sera-t-il quelquefois très embarrassé, notamment dans les ventes de fonds de commerce, où les formalités sont encore beaucoup plus draconiennes, où, en principe, un fond de commerce est un meuble, et que la sévérité du code en ce qui concerne les aliénations mobilières est connue de toute personne qui s'est occupée d'intérêt de mineurs.

La vente d'un fond de commerce de boulangerie, par exemple, suivant les formes légales, c'est-à-dire par les enchères, peut amener des concurrents à s'entendre, pour avoir à très bon compte, le fond de commerce d'un concurrent qui, pendant de longues années, fut un adversaire commercial.

Le jour de l'enchère, une seule personne portera un prix, elle se sera entendue au préalable avec tous les commerçants de la même profession et une fois que l'enchère lui sera adjugée, au prix fixé, très minime, on supprimera purement et simplement le fond de commerce, alors que tous les autres commerçants auront mis en commun le prix d'achat à bon compte, de la boulangerie en question. La clientèle se répartira entre eux tous, ceci regarde le passé, et en ce qui concerne l'avenir, leur clientèle ne risquera pas de les quitter en se portant peut-être chez le nouvel acquéreur du fond.

Dans la pratique fort heureusement, la loi a permis les conventions de porte-fort. Elle les a entourées naturellement d'un très grand nombre de précautions, il faut une délibération motivée du

conseil de famille réunissant l'unanimité y compris la voix du juge de paix.

Il faut que les motifs de cette délibération fassent un véritable historique de l'affaire, il faut que le tuteur prenne l'obligation de se porter fort personnellement, sauf en ce qui concerne les fonds et se soumettre aux formalités dont nous parlerons tout à l'heure. Quand cette délibération a été obtenue il faudra encore l'avis de trois juristes-consultes motivés, il faudra naturellement les observations de M. le Procureur de la République et le tribunal sera chargé de rendre une décision avec des considérants les plus solides, il désignera l'un de ses membres pour surveiller l'exécution de la convention de porte-fort depuis la signature de l'acte, jusqu'à l'emploi des fonds réservés aux mineurs et qui sont sa part à la vente.

Malgré toutes ces formalités et sauf les cas où majeurs et mineurs restent dans l'indivision lorsque la chose est possible, les aliénations de biens de mineurs sous cette forme sont assez fréquentes, il est évidemment difficile de les prouver pour deux raisons, d'abord c'est parce que ces actes passés chez les notaires gardent un caractère confidentiel et qu'on ne peut pas, au point de vue statistique, en donner une liste régulière, ensuite c'est parce que les espèces soumises aux tribunaux sont exceptionnelles en raison justement de toutes les formalités que je viens d'indiquer et qui rendent l'acte absolument inattaquable dans la majorité des cas.

Quand la difficulté va-t-elle être soulevée par l'application de porte-fort au moment de la majorité du mineur ?

Bien souvent d'ailleurs, lorsque l'on a recours à ce procédé, le mineur est au courant de ce qui se passe, et il voit tout de suite que c'est son intérêt.

En admettant même que l'acte remonte à plusieurs années, que peut faire le mineur qui refuserait de ratifier ? Toutes les précautions prévues par la loi qui le protège ont été prises dans son intérêt.

La non ratification de sa part, comporterait par voie de conséquences, qu'il ne pourrait pas toucher le montant du prix du fond de commerce qui lui est réservé.

Va-t-on plaider sur la reddition du compte de tutelle ?

Va-t-il attaquer le tiers acquéreur du fond de commerce ?

Sur quels arguments juridiques pourra-t-on s'appuyer, alors qu'on a prévu toutes les mesures de sécurité, pour protéger les droits des incapables.

Nous venons de voir par deux exemples excessivement intéressant, l'utilité pratique de la convention de porte-fort et comment cette convention est beaucoup plus répandue qu'on pourrait le croire, parce que justement l'interprétation jurisprudentielle n'est pas excessivement nombreuse, pour les raisons que j'ai indiquées.

Quant à l'objet de la convention de porte-fort de ces deux cas-là il se varie à l'infini.

Le porte-fort peut promettre que son voisin s'obligera à un transfert de propriété, à accomplir un fait quelconque, même à ne pas l'accomplir ; car ce qu'il y a de curieux dans l'obligation de porter-fort, c'est qu'il peut être la source d'une obligation de ne pas faire. Je n'insisterai pas sur le cas particulier, d'un enfant mineur qui accepte le compte de tutelle, que lui remet son cotuteur.

Lorsque la femme se remarie l'enfant du premier lit peut continuer d'avoir en elle une tutrice, quand le conseil de famille a maintenu cette dernière dans la tutelle ; mais, par suite de son incapacité, le second mari est nommé co-tuteur ; va-t-on attendre la mort du cotuteur pour que le mineur puisse liquider son compte de tutelle avec sa mère, alors le délai de 10 ans prévu par la loi pourrait se trouver reporter à un nombre d'années beaucoup plus considérable ?

Le co-tuteur en rendant ses comptes de la tutelle, dont sa femme était chargée, s'est porté fort pour cette dernière, et cela suffit pour que cette reddition soit régulière.

Depuis une dizaine d'années, nombreux sont les exemples, en matière de formation de société, que tel membre du Conseil d'administration de la future société s'oblige à amener comme administrateur une personnalité marquante, qui donnera confiance aux futurs actionnaires.

Les tribunaux ont eu à connaître tous les exemples que nous venons de citer, mais d'une façon

peu fréquente, et cependant, en ce qui concerne les tuteurs notamment, la Cour de cassation a reconnu à ces derniers, le droit de se porter fort (1).

En vain invoquerons-nous une décision du tribunal de Toulouse (2) qui a annulé une convention de ce genre. Certains auteurs se sont emparés de cette décision pour démontrer le danger ou l'inutilité de la convention du porte-fort, mais, à mon avis, l'espèce était mal choisie ; il s'agissait d'un notaire qui s'était porté fort lui-même pour un client, dans un acte rédigé dans son étude et signé par lui comme notaire.

Mais le tribunal a voulu condamner le rôle joué par le notaire, agissant à la fois comme porte-fort et comme officier ministériel ; ceci est absolument interdit, et va-t-on dire que les sociétés anonymes sous le régime actuel ont les mêmes défauts que cette convention de porte-fort sous prétexte qu'un notaire aura été nommé membre du Conseil d'administration de la dite société. A mon point de vue l'exemple ne vaut pas la peine d'être retenu.

Je n'insisterai pas sur les dispositions de l'article 1599 concernant la nullité de la vente de la chose d'autrui, et dans laquelle la convention de porte-fort pourrait jouer. Cette question importante était connue déjà du droit romain où la vente était considérée comme valable alors que la législation française ne l'admet pas ; j'estime que ce se-

1. Cassation, 29 mars 1852. D. 54.1.392.

2. Toulouse, 31 juillet 1930. D. 31.2.124.

rait sortir du sujet exposé que de m'étendre sur cette théorie. Nous dirons peu de choses pour terminer sur ses expressions employées dans la convention de porter-fort quant à la rédaction de l'acte et des énonciations qu'il comprend, car nous avons vu déjà avec quelle précaution les notaires rédigent de semblables conventions.

Toutefois, une difficulté peut naître en ce qui concerne la personnalité des gens pour lesquels on se porte-fort. Va-t-on estimer que ces personnes sont parties à l'acte, par application de la loi du 25 ventôse an XI.

Nous n'avons pas besoin d'insister beaucoup pour démontrer que cette interprétation est inadmissible, que la personne pour laquelle on se porte-fort est complètement étrangère à l'acte qui la touche, puisqu'à partir du moment où elle ratifie elle prend une obligation tout à fait différente que celle que le porte-fort avait prise, aussi non seulement le Conseil d'Etat, mais les tribunaux civils, précisent qu'il n'y a pas de motif d'annuler une mention de porte-fort, même si l'on n'a pas mentionné d'une façon spéciale les noms, prénoms, qualité des mineurs, par exemple.

Et pour terminer ce chapitre, nous regrettons une fois de plus, que même sur un sujet aussi simple, il y ait une divergence d'interprétation puisque la Cour de Rennes par un arrêt du 31 août 1841, et la Cour de cassation par un arrêt du 18 janvier 1848 (D. 48.1.38) ont admis la thèse absolument inverse.

Il s'ensuivrait d'après ces décisions, qu'on devait considérer les personnes pour lesquelles on se porte-fort, comme partie à l'acte, ce qui est absolument invraisemblable, dans le cas que nous avons longuement examiné, du tuteur se portant fort dans une vente de fonds de commerce, si les mineurs sont parties à l'acte, il n'agit plus en qualité de porte-fort, mais en qualité de tuteur, et si comme tuteur il peut passer de semblables ventes, pourquoi les tribunaux et la loi obligent-ils les tuteurs à respecter toutes ces formalités et exiger d'eux qu'ils se portent forts ?

DEUXIÈME PARTIE

Position des parties au point de vue juridique avant, pendant et après la ratification

CHAPITRE PREMIER

POSITION DE CELUI QUI SE PORTE FORT AVANT LA RATIFICATION

Nous avons vu dans les lignes qui précèdent quel était le rôle important joué par celui qui s'est obligé à rapporter la ratification du tiers. C'est, en somme, celui qui a le rôle principal puisque le stipulant aura contre lui des dommages-intérêts, et que le tiers n'intervient que postérieurement et sans aucune espèce d'engagement.

Entre le tiers et celui qui se porte fort pour lui, en fait et en droit, rien ne doit exister car nous ne serions plus dans ce cas, sous l'empire de l'article 1120 du Code civil.

Assez souvent d'ailleurs celui qui promet de rapporter la signature d'autrui est lui-même partie à l'acte, parce qu'il a intérêt personnel à traiter avec le stipulant.

Il est, comme nous l'avons dit quelquefois, par exemple copropriétaire d'un immeuble indivis dont la vente sera une opération avantageuse pour tout le monde.

Devons-nous cependant poser le principe qu'il faut, au préalable, avoir déterminé les droits respectifs de ces copropriétaires et notamment avoir précisé ce que l'absent ou l'incapable pourrait gagner à l'opération, quelle serait sa part.

La réponse ne fait pas de doute, et soit en doctrine, soit en jurisprudence, il n'est pas utile que la chose vendue ait fait l'objet d'une sorte de partage régulier avant la vente, dont elle est l'objet.

Par conséquent, on ne peut empêcher des majeurs de se porter fort pour des mineurs dans une opération de ce genre, sous prétexte que ces derniers pourraient être victimes d'un véritable abus de pouvoir de la part des majeurs.

En vain pourrait-on soutenir que les majeurs ont vendu la chose d'autrui et que celui qui a acquis peut être menacé de troubles, que ce danger l'autoriserait à ne pas payer le prix ainsi que le prévoit l'article 1653 du Code civil.

Cette objection ne peut tenir, car le stipulant qui traite, par exemple, avec des majeurs connaît la situation à l'avance et il sait dans quelle qualité les majeurs peuvent agir non seulement tant en leur nom personnel, qu'au nom et comme se portant fort d'incapables.

CHAPITRE II

POSITION DU STIPULANT AVANT LA RATIFICATION

La situation du stipulant est des plus nettes et ce n'est pas à son sujet que les difficultés peuvent surgir.

Il est créancier de la personne qui a promis pour autrui, il n'a aucun droit direct contre le tiers qui ne le connaît pas, au point de vue juridique et qu'il n'est pas obligé de connaître même au point de vue pratique si nous acceptons la théorie du Conseil d'Etat.

Aussi, en ce qui le concerne, un problème peut se poser, c'est la révocation de la convention de porte-fort.

A ce sujet, il est un point précis, c'est que le droit du tiers de méconnaître la convention aboutit en fait à sa révocation, quitte au paiement des dommages-intérêts.

D'autre part, le stipulant au bénéfice de qui est souscrite la convention de porte-fort peut renoncer à se prévaloir de la promesse qui a été donnée, jusqu'au moment où le tiers accepte l'obligation pré-

vue dans la convention de porte-fort ; il y a l'engagement de sa part, d'accepter cette ratification, mais cet engagement ne le lie pas, il y a simplement offre, d'accepter ou de refuser.

Vis-à-vis du porte-fort, il est complètement libre de revenir sur l'engagement que ce dernier a pris et de le dégager, par contre, le porte-fort naturellement ne peut se dégager lui-même sans l'assentiment du stipulant.

CHAPITRE III

POSITION DU TIERS AVANT LA RATIFICATION

La position du tiers se dégage avec des caractères plus particuliers, attendu qu'il n'a pas été partie à l'acte dans lequel le promettant s'est engagé avec le stipulant, et nous avons considéré que l'interprétation d'une certaine jurisprudence qui veut nous le présenter comme partie à l'acte nous paraît une inexactitude.

Cette situation a certaines conséquences, et les effets de la convention signée en dehors de lui ne pouvant pas lui être imputés, il ne peut jusqu'à la ratification en tirer avantage, d'autre part, il n'a pas à en souffrir.

Dans la pratique si, par hasard, un mineur meurt avant sa majorité, par conséquent, ne ratifie pas l'acte passé par le majeur qui, s'étant engagé en son nom, n'entre pas dans sa succession.

Une autre conséquence, fort importante, découle de cette situation, le porte-fort et le stipulant peuvent résilier ou transformer la convention sans que le tiers puisse intervenir d'une façon quelconque.

Aussi ne comprenons-nous pas la dénomination de « porte-fort » qui a été attribuée à ce tiers par certains auteurs, car, non seulement dans la rédaction de l'acte primitif, mais dans la ratification, on ne comprend pas l'explication française du terme, à moins qu'on ne veuille l'assimiler à d'autres personnalités juridiques, et qu'on ne transforme la convention de porte-fort en une gestion d'affaires.

CHAPITRE IV

SITUATION DES PARTIES LORS DE LA RATIFICATION DE LA PROMESSE PAR LES TIERS

CONDITIONS DE CETTE RATIFICATION.

Nous avons eu déjà l'occasion de remarquer que le code n'a imposé aucune forme aux parties dans l'établissement du contra de porté-fort, et encore moins de sa ratification.

Il ne faudrait pas confondre cette ratification avec celle prévue à l'article 1338 du Code civil, qui suppose des actes annulables, par exemple.

La pratique nous démontre qu'aucune des prescriptions prévues par l'article 1338, n'est applicable dans la ratification par le tiers.

De même que dans la thèse de sa présomption, nous avons démontré qu'aucune forme spéciale n'était prévue, de même dans la ratification, les tribunaux ont un large pouvoir d'appréciation. Elle peut même être tacite et résulter du simple silence de l'intéressé.

Quels sont les effets de la convention de porte-fort dans le cas du décès de ce dernier ?

Son héritier est tenu de la même obligation et sera contraint de payer des dommages-intérêts si le tiers ne ratifie pas.

Il peut se produire que le tiers successeur se trouve en face de cette obligation, il n'est tenu que de cette même obligation et pas autre chose.

Quant au consentement à donner, il faut naturellement que la personne soit capable, elle ne pourrait, en effet, avoir d'effet juridique si on pouvait en contester la valeur du chef du ratifiant.

La question est délicate, lorsqu'il s'agit notamment d'un fou, aussitôt la ratification obtenue, l'acte produit tous ses effets, et il est inutile notamment de revenir sur la première convention et de demander à nouveau l'assentiment du stipulant.

CONSÉQUENCES DE LA RATIFICATION.

Par suite de la ratification du tiers, la prestation du fait est due, cette ratification empêche de revenir sur les décisions ultérieures qui pourraient être prises de la part du stipulant et un véritable contrat nouveau, en somme, survient entre le stipulant et le tiers.

Par conséquent, à ne considérer que cette situation, on serait tenté de penser que la première convention serait réputée comme n'ayant jamais existée et en dépit de l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence par suite de l'analyse du caractère juridique des parties en cause, nous pensons que la

théorie de la rétroactivité ne devrait pas être adoptée.

Comment expliquer cette conséquence, vis-à-vis des parties contractantes ; nous tomberions dans la théorie générale qui voudrait faire de la convention de porté-fort un contrat de gérant d'affaires.

Cependant, pour expliquer cette nécessité pratique de la rétroactivité, certains s'appuient sur les considérations générales du droit, et prétendent s'appuyer tout particulièrement sur l'article 1998 du Code civil, mais comme nous aurons l'occasion de le voir, l'application de cet article aboutirait à considérer la convention de porte-fort comme une gestion d'affaires.

De toutes les façons, vis-à-vis des tiers, la convention ne peut exister qu'à dater du jour où la ratification a eu lieu.

Mais une autre hypothèse peut encore surgir, c'est celle où la ratification ayant existé, se trouverait annulée dans l'avenir.

Le porte-fort, dans ce cas-là, serait-il complètement dégagé ? Ici la doctrine et plus particulièrement M. DELVINCOURT adopte le principe de l'affirmative. Mais l'ensemble des auteurs avec la Cour de cassation (1) ont décidé que si la ratification était annulée, les causes d'annulation tenant à la personnalité de l'incapable qui ratifie, par exemple, ne peuvent valoir ni pour le porté-fort, ni pour le stipulant.

1. Cass., 16 février 1814. S. 14.1.117.

CHAPITRE V

CAS OU LA RATIFICATION N'EST PAS OBTENUE

Nous avons déjà exprimé, dans différents passages, notre opinion à ce sujet.

Celui qui a promis pour autrui, est-il tenu de payer des dommages-intérêts ?

Le stipulant ne pouvait ignorer la situation du porte-fort dans l'acte et cependant le défaut de ratification se convertit en dommages-intérêts contre celui qui a promis pour autrui, lorsque la convention n'est pas ratifiée.

Il s'ensuit que la mort du tiers, de son silence, pendant le moment où il devait rapporter la ratification, équivalent à un défaut de ratification.

Le porte-fort, en effet, lorsqu'il a signé son engagement devait faire entrer en ligne de compte tous les risques qu'il pourrait courir et notamment voir le cas de mort.

Cependant, nous pensons qu'on pourrait lui faire application des articles 1147 et 1148 qui ont pour effet de délivrer le débiteur d'obligation, lorsque son inexécution « revient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ».

Examinons maintenant une hypothèse plus fréquente, c'est le cas où le tiers, c'est-à-dire l'incapable, arrive à sa majorité si c'est un mineur, ou est délivré de son incapacité dans un autre cas.

Le porte-fort est-il tenu à des délais rigoureux pour apporter la ratification ?

S'il s'agit d'un absent, la situation peut être la même. En général, la solution se trouve tranchée parce que les parties ont prévu une date ou un événement certain. Mais l'autre cas ne peut se produire, cependant assez rare, parce que le stipulant ayant intérêt à l'application de la convention, sera pressé de mettre en demeure le porte-fort et le tiers, qui, maintenant, peut contracter avec lui.

Je crois qu'il n'y a pas de solution absolue et qu'il n'y a qu'à s'en référer aux principes généraux du droit ; du moment que le porte-fort rapporte la ratification, il est dégagé de son obligation.

Si le stipulant voit que le porte-fort use de procédés dilatoires, il pourra le mettre en demeure, et obtenir des dommages-intérêts en admettant même que la ratification ait eu lieu postérieurement.

Quelle sera la sanction en cas de non ratification ? Nous avons vu qu'elle se chiffre par des dommages-intérêts.

Le porte-fort n'aura-t-il cependant pas des moyens pour s'y soustraire et ne pourra-t-il pas invoquer des raisons valables ?

A cette question, nous avons déjà répondu en ce qui concerne le cas de force majeure.

Une autre solution peut intervenir lorsque le porte-fort pourra démontrer que le stipulant ne subit aucune espèce de préjudice.

En ce qui concerne le quantum des dommages-intérêts, nous revoyons ici apparaître l'opinion précédemment émise, à savoir que le porte-fort devra, non seulement paiement d'une somme correspondant à la perte éprouvée, mais également le règlement du manque à gagner.

Nous avons pensé que, conformément à la règle de la jurisprudence, le porte-fort n'aura à payer que la première partie de ces dommages-intérêts.

CHAPITRE VI

POSITION DU PORTE-FORT ET DU TIERS EN CAS DE SUBSTITUTION

Avant de terminer l'étude de la situation juridique des différentes parties dans la convention de porte-fort, nous devons dire quelques mots des deux problèmes qui peuvent se poser :

1^o Le porte-fort peut-il se substituer au tiers ? La question est très simple en ce qui concerne la période pendant laquelle la ratification du tiers n'a pas eu lieu.

Il est hors de doute que la substitution n'est pas possible pour deux motifs, car de deux choses l'une : ou bien le stipulant consent à cette substitution et dans ce cas, la convention de porte-fort, précédemment établie, est annulée, ou bien le stipulant n'y consent pas et, dans ce cas, le porte-fort ne peut pas l'imposer au stipulant, sinon le stipulant aurait pu lui rétorquer qu'il n'y avait pas besoin de convention de porte-fort et que s'il avait voulu traiter avec lui pour l'obligation, il l'aurait fait lors de la rédaction de la convention.

En ce qui concerne le cas où le tiers ne ratifie

pas, peut-on admettre que le porte-fort ait le droit de prendre l'exécution à son compte.

La jurisprudence admet, en général, la solution favorable à la substitution et, sans approfondir les exemples donnés, la Cour de cassation dans deux arrêts du 2 décembre 1885, a admis le principe de ce droit en matière de surenchère, ainsi d'ailleurs qu'un arrêt du 3 décembre 1912 (1) au sujet d'un évêque qui aurait acquis et payé de ses deniers, pour le profit d'un grand séminaire, sauf ratification.

Il faut naturellement que cette substitution puisse être possible et pour reprendre l'exemple du statuaire, il est évident que, dans l'espèce, le frère de ce dernier n'aurait pas le droit de se substituer à l'artiste pour le buste commandé par un client vis-à-vis duquel il s'était porté-fort.

L'autre question intéressante est celle de savoir si on peut contraindre celui qui a promis pour autrui à prendre pour son compte l'obligation que le tiers n'a pas ratifiée.

La question est bien plus délicate, car le code, en l'espèce, ne parle pas d'autre chose que d'une indemnité, par conséquent si l'on s'en tient à l'article 1120, seule une indemnité serait exigible. Et ce serait d'ailleurs complètement transformer les notions de la convention de porte-fort, que de poser le principe aux termes duquel le porte-fort s'obligeant à rapporter le fait du tiers, fait le contrat pour lui-même vis-à-vis du stipulant.

1. Requêtes, 1912. D. P. 1913.1.553.

En général, si même on admettait ce principe, les cas d'espèce seraient excessivement rares.

La jurisprudence a, d'ailleurs, varié dans les deux sens, mais nous penchons pour la solution de la Cour de Grenoble du 18 août 1854, aux termes de laquelle le porte-fort n'est tenu qu'à des dommages-intérêts et seulement à des dommages-intérêts.

TROISIÈME PARTIE

Le porte-fort dans le domaine jurisprudentiel

Nous avons étudié, jusqu'à présent, dans quelles conditions se présentait la convention de porte-fort en application de l'article 1120 du Code civil.

Nous avons aussi examiné les différents cas intéressants qui pouvaient se produire lors de la création de cette convention d'une armature tout à fait spéciale. Nous avons également, à l'occasion, indiqué quelle pouvait être l'opinion de la doctrine à ce sujet.

Mais la pratique du droit n'a aucun intérêt si l'on ne se rend pas compte de la portée de telle ou telle théorie dans le domaine des faits.

Certes, l'objet de nos recherches n'a pas fourni d'exemples frappants correspondant à des nécessités évidentes de nature à établir une véritable théorie de jurisprudence de la convention de porter-fort en l'absence d'un texte absolu.

Il nous a tout de même paru intéressant de voir comment les tribunaux avaient pu apprécier l'ap-

plication des théories émises dans l'interprétation de l'article 1120 du Code civil.

Ainsi que nous l'avons signalé, cette jurisprudence ne nous a pas donné une idée base, une véritable directive dans la recherche de la nature de la convention de porte-fort. Il était difficile de classer d'une façon pratique toutes les décisions qui avaient été rendues en l'espèce car le champ de la convention de porte-fort est immense, et nous avons notamment indiqué comment on avait eu recours à ce procédé dans la vie publique, notamment en ce qui concerne les conditions de location d'appartement, mais il n'en est pas moins vrai que la théorie que nous soutenons sur le caractère *sui generis* de la convention de porte-fort se dégage nettement des décisions rendues, tout au moins sur l'ensemble, et n'infirme pas le principe que nous avons exposé.

La jurisprudence s'est souvent appuyée sur l'article 1119 du Code civil pour dégager les raisons d'application ou de non application de l'article 1120.

En ce qui concerne l'article 1119, nous rappelons qu'il ne crée aucun lien de droit ni pour celui qui fait la promesse, ni pour celui pour qui elle est faite, si nous nous arrêtons aux termes impératifs de la loi.

Son existence influe-t-elle sur l'application de l'article 1120. Mais l'expression « se porter fort » n'a pas besoin d'être remplacée par une autre expression pour avoir sa force juridique.

Classer les décisions de jurisprudence par ordre chronologique eut été une mauvaise méthode, classer les mêmes décisions suivant l'application des théories que nous venons de voir, eut été un système sans intérêt parce que la jurisprudence, avant tout, s'inspire à la fois de la condition de fait et de la condition de droit et c'est pourquoi nous avons préféré reprendre l'ordre normal de nos explications en voyant comment les tribunaux ont pris leur décision dans tel ou tel cas, décisions d'ailleurs très rares pour les raisons que nous avons exposées.

Si le terme porte-fort n'a pas besoin d'être pris d'une façon stricte, c'est-à-dire solennelle et suivant certaines clauses restrictives, il faut tout de même trouver une formule qui le remplace et en ce qui concerne cette formule aucune précision littéraire, aucune expression consacrée n'est obligatoire. Par exemple, l'engagement de la sûreté, promise par quelqu'un qui vend la chose d'autrui, intervient comme un véritable porte-fort qu'aucun trouble ne portera préjudice à l'acquéreur (1).

Pour être logique dans la suite de nos explications nous retrouvons ici même l'application de la théorie de la présomption. L'intention de porte-fort peut se présumer et nous avons vu comment les auteurs interprètent l'idée de cette présomption. Nous ne reviendrons pas également sur la différence qui existe entre la présomption née de l'in-

1. Riom, 22 juin 1836, *R. pratique*. Dalloz.

tention d'une façon générale et celle qui revêt une vigueur particulière si elle se dégage d'un acte authentique passé devant notaire.

Cette présomption a tout de même une valeur importante, et nous prendrons, comme exemple, la situation de ce chef de corps militaire qui devait être créé au moment de la guerre de 1870 et pour lequel le dit chef de corps avait commandé des uniformes.

La question s'était brutalement posée à la suite des circonstances extraordinaires nées de la guerre de 1870 : les tailleurs qui devaient être les fournisseurs de cet officier ne pouvaient douter que s'il avait pris la responsabilité de la livraison des tenues de troupe, il n'avait pas eu l'intention de prendre pour son compte l'opération : commercialement, il aurait pu le faire, il aurait pu concevoir un achat pour revendre, mais telle n'était pas la situation juridique des parties et il ne pouvait surgir d'autre interprétation que celle d'une promesse faite pour autrui. Le corps d'éclaireurs allait être créé, il allait en prendre le commandement. Sa qualité et sa fonction se manifestaient publiquement et jamais un officier, dans une espèce de ce genre, ne pouvait être le véritable client personnel : c'était forcément l'Etat au nom de qui il traitait.

C'est pourquoi la première Chambre du tribunal civil de Lyon précisa nettement ce point de droit en rejetant la conclusion de l'un des tailleurs qui prétendait interpréter la convention passée

comme un véritable marché personnel. Son attitude était d'autant plus significative qu'au lieu d'assigner par voie principale il avait procédé sous la forme d'une saisie dont il demandait la validation.

Redoutait-il l'échec d'une instance au principal et pensait-il que sous cette forme l'honorable officier finirait par céder sous la pression des difficultés nées de cette menace.

Le Tribunal civil de Lyon a nettement posé la question de principe et sa solution précise que :

« Geneste (le Chef de Corps) ne pouvait que se porter fort pour l'administration » et que par voie de conséquence « il n'était aucunement responsable ».

« Qu'il n'avait pris aucun engagement personnel qui survive à son titre de Commandant des Eclaireurs et que c'était à tort que Veyret (un des tailleurs) se prétendant créancier, a pratiqué une saisie arrêt (1). »

Nous avons déjà vu dans l'étude des théories de la doctrine qu'on pouvait se porter fort pour un mineur, mais il a été décidé à bon droit que celui qui se porte fort pour un mineur ne peut s'emparer des motifs de nullité qui couvrent l'incapacité de celui-ci, pour ne pas exécuter l'engagement qui est une promesse de ratification.

Quand la ratification n'est pas obtenue, nous n'avons pas manqué de préciser que la seule sanction était le versement de dommages-intérêts ; sans

1. Tribunal civil de Lyon, 1^{re} chambre, 8 février 1871. D. P. 71.3.69.

remonter à une jurisprudence de la Chambre civile du 16 février 1814, citons plus particulièrement le cas intéressant du mari qui s'était porté fort de sa femme, et a été condamné faute d'avoir rapporté la ratification de cette dernière.

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, dans une décision du 26 juillet 1854 a, en effet, tranché la question dans ce sens.

Au sujet des moyens invoqués devant la Cour suprême, celle-ci n'a pu que confirmer la décision rendue par la Cour d'appel en ce qui touche l'application de l'article 1120 du Code civil : c'est, en effet, en ces termes que les magistrats se sont exprimés :

« Attendu que si Desoye (le mari) mis en demeure de remplir l'obligation qu'il avait contractée en se portant fort pour sa femme de rapporter la ratification de cette dernière, et la mainlevée de son inscription, a été condamné à payer 5 francs de dommages-intérêts pour chaque jour de retard, cette condamnation rentrait dans l'exercice des pouvoirs des tribunaux.

« Qu'en condamnant Desoye à rapporter ladite ratification de mainlevée dans le délai de trois mois, l'arrêt attaqué n'a pas violé la loi (1). »

Ce n'est donc que d'une façon incidente que la Cour Suprême s'est trouvée à fixer sa jurisprudence. Mais la Cour d'appel avait déjà admis le principe :

1. Chambre civile. D. P. 1854.1.297.

le mari devait rapporter la mainlevée de la femme dans un certain délai : il ne l'a pas rapportée ; l'inexécution de son obligation s'est convertie naturellement en dommages-intérêts vis-à-vis du tiers avec lequel il s'était engagé à cette ratification.

Toutefois, nous aurons l'occasion de revenir sur la question du quantum de l'indemnité due par le porte-fort d'après la jurisprudence. Il n'y a qu'à tenir compte de la perte causée par l'inexécution de l'engagement et une décision de Toulouse déjà ancienne (1) ne comprend pas volontairement la pénalité subsidiaire du paiement du manque à gagner.

Nous avons déjà exposé que cette condamnation à des dommages-intérêts est obligatoire contre le porte-fort, à la condition toutefois que le stipulant, c'est-à-dire la personne avec laquelle celui qui a fait la promesse, a signé la convention, ait éprouvé un préjudice. Depuis très longtemps, la jurisprudence s'était affirmée dans ce sens (2).

Il n'est pas douteux qu'à cette époque les magistrats avaient déjà dégagé la situation respective des parties en cause et notamment quelle était la position de celui qui avait promis pour autrui en cas d'inexécution : on ne pouvait lui réclamer que des dommages-intérêts et non l'obligation elle-même.

La responsabilité de celui qui se porte fort est

1. 14 janvier 1845.

2. Chambre civile, 1^{er} mai 1815.

établie d'une façon évidente quel que soit le montant de la somme à verser, la seule excuse que pourrait avoir celui qui a promis serait l'incapacité pécuniaire pour celui pour lequel il a fait la promesse et encore ce ne serait qu'une excuse (1).

La condition intéressante en pratique est de savoir que celui qui a fait la promesse peut prendre l'obligation pour lui-même, malgré la résistance du stipulant. Il est hors de doute qu'en ce qui concerne le tiers qui devait, plus tard, rapporter la ratification, il n'a aucun droit à faire valoir de ce chef puisqu'il n'était pas porté à l'acte (Toulouse, 27 juin 1839). De même, dans une décision du 6 juin 1831 rendue à Nancy, une personne qui s'est portée fort et qui a acquis un immeuble avant la ratification du tiers, peut résister à toutes les actions concernant cet immeuble ou même intenter les dites actions.

Il a été également jugé que lorsque l'obligation contractée par celui qui promet a été constatée dans un acte synallagmatique pour le porte-fort comme pour le tiers, les conséquences qui en résultent doivent être exécutées indépendamment de toute ratification par le tiers, et celui qui a promis conserve un droit direct et personnel pour l'exécution de la convention.

Nous devons, à ce sujet, commenter deux décisions de principe :

1. Paris, 1907. D. P. 1908.1.84 ; Requêtes, 27 juillet 1903. D. P. 1904.1.36.

Un des cas les plus fréquents de la convention de porte-fort se présente dans les rapports entre majeurs et mineurs lorsqu'il y a des immeubles indivis entre eux.

La première espèce que nous envisageons nous montre qu'il y avait des immeubles indivis entre majeurs et mineurs : les immeubles furent vendus par les majeurs, ces derniers purent réclamer le paiement intégral du prix et poursuivre en cas de refus l'acquéreur devant les tribunaux pour la réalisation de l'acte d'achat.

C'est ainsi que s'exprime la décision : « Attendu que n'y ayant eu que deux parties venderesses au contrat et la mineure Lechesne y ayant toujours été étrangère, ces deux parties, en l'absence de la troisième (la mineure), avaient qualité suffisante pour demander l'exécution des obligations contractées envers elles seules ou la résolution de la vente faute d'accomplissement des conditions auxquelles les demandeurs en cassation (c'est-à-dire les acquéreurs) s'étaient soumis envers elles seules (1). »

Passons maintenant à la deuxième espèce.

Il s'agissait d'une affaire assez intéressante au point de vue des applications pratiques en matière de sociétés.

C'est une évolution curieuse du caractère *sui generis* de la convention, car ceux qui tentent d'assi-

1. Requête, 25 mai 1852 ; D. P. 1852.1.279.

miler cette obligation à un autre type d'obligations existantes ne pourraient expliquer comment celui qui fait la promesse de rapporter la ratification peut prendre l'obligation pour son compte ; il est alors considéré comme ayant formé le contrat pour lui-même.

La décision précise :

« Attendu que l'arrêt attaqué déclare que Saint-Trivier (celui qui s'était porté fort) comme ayant stipulé en son nom personnel, il est inutile de rechercher si la société dont il avait promis et procuré le concours avait ou non une existence légale... » et plus loin « que Saint-Trivier était seul en cause » (Affaire des Eaux minérales de Charbonnières-les-Bains) (1).

A l'inverse, peut-on contraindre le porte-fort qui a fait la promesse de rapporter la ratification de se substituer au tiers et de prendre pour son compte l'obligation dérivant du contrat, en d'autres termes, celui qui a promis peut-il être contraint d'exécuter l'obligation lui-même ?

Il semblerait, à première vue, que les juges aient pu se décider à cette interprétation surtout lorsqu'il s'agit d'une obligation que celui qui s'est porté fort peut remplir aussi bien que le tiers pour lequel il a pris l'engagement.

Aussi, n'est-il pas surprenant que la Cour de Limoges se soit prononcée dans ce sens (2).

1. Requêtes, 27 juillet 1903. D. P. 1904.1.136.

2. Limoges, 10 août 1850. D. P. 55.2.184.

Mais l'espèce ne visait pas spécialement le cas particulier de la convention de porte-fort et elle se compliquait d'une question de cautionnement : « celui qui, dans un même acte, s'est porté fort pour un tiers non présent au contrat tout à la fois à raison d'un cautionnement réclamé de celui-ci par un autre tiers et d'une vente consentie par ce dernier à la caution pour la couvrir des suites du cautionnement, devient, en cas de refus de ratification de ce contrat de la part du tiers au nom duquel il s'est engagé, acquéreur pour son propre compte, en même temps qu'il reste personnellement soumis au cautionnement ».

Mais il est évident que la Cour a été surtout impressionnée par la situation de caution prise par le porte-fort et c'est certainement cette situation qui a entraîné l'opinion des magistrats.

Aussi, sommes-nous d'avis de nous rallier à l'opinion de la Cour de Grenoble (1) qui a statué sur un cas fort curieux et qui étonnerait nos mœurs modernes.

Il existait, à cette époque, des Compagnies d'assurance contre le Recrutement militaire qui procuraient des remplaçants moyennant certaines conditions.

Des agents d'assurance employés d'une maison Vacher, père et fils, avaient été poursuivis parce que, par suite de l'élévation du contingent, les assurés avaient été contraints de servir.

1. Grenoble, 18 août 1855. D. P. 55.2.78.

La Cour a très nettement indiqué la situation du porte-fort :

« Attendu, dit-elle, en effet, que si le législateur eût voulu que le porte-fort fût tenu d'exécuter lui-même l'engagement qu'il contractait pour autrui, il l'aurait dit d'une manière formelle tandis qu'il ne l'a soumis qu'à une indemnité en argent laissée à l'appréciation des tribunaux. »

Et la Cour concluait sur l'action en dommages-intérêts intentée contre les agents et la compagnie d'Assurances par les intéressés.

« Attendu qu'il suit de là que Bourd et Allagnon (les agents) doivent comme la maison Vacher (l'Assurance) obtenir leur mise hors d'instance, sauf aux intéressés à se pourvoir contre eux ainsi qu'ils aviseront. »

En ce qui touche la situation du tiers pour lequel on a fait la promesse, elle est, pour ainsi dire, sans intérêt tant qu'il n'a pas donné sa ratification : cette théorie découle des décisions que nous venons de commenter. Le fait notamment, qu'il peut prendre l'obligation pour son propre compte confirme bien notre interprétation.

Par conséquent, c'est à bon droit que l'administration de l'enregistrement a pris position dans cette question de principe et a décidé qu'un immeuble, acheté par un majeur tant pour son compte que pour celui d'un mineur dont il avait promis la ratification, ne rentre dans le patrimoine de ce dernier, ne devient la propriété pour partie du

mineur que lorsqu'il a ratifié régulièrement (1). Toutefois si, par suite des circonstances, le tiers pour lequel la personne qui a fait la promesse devient l'héritier de cette personne, il est évident qu'elle n'est pas tenue à la ratification (Douai, 5 juillet 1877).

Nous avons examiné les conditions dans lesquelles on avait discuté sur les termes donnés à la convention de porte-fort et les modalités d'application de théories générales du droit en cette matière. Nous avons vu qu'aucune forme n'était prescrite et l'important pour les juges est d'être éclairé sur la situation de garantie en vertu de l'exécution de cette obligation (2).

Une autre condition qui peut avoir son importance est celle qui consiste à se rendre compte des conséquences de la ratification, sans s'occuper de l'acceptation du stipulant ; les solutions ne nous paraissent pas faire de doute car le stipulant s'engage vis-à-vis du tiers, qu'il n'est pas obligé de connaître ; il sait les aléas de l'opération et il sait fort bien qu'un jour viendra où le tiers ratifiera la convention passée par le porte-fort, sans remonter à l'arrêt de la Chambre civile du 27 août 1833, sous l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 août 1848.

Nous avons examiné ultérieurement les conditions dans lesquelles celui qui a fait la promesse est tenu de rapporter la ratification, nous verrons si

1. Solut. Adm. Enreg., 25 juin 1875. D. P. 77.3.16.

2. Civile, 3 mai 1852. D. P. 52.1.142.

particulièrement il a des délais prévus, s'il est tenu d'une date, s'il peut bénéficier d'un terme. La jurisprudence, par une décision très intéressante concernant un tiers copropriétaire, interné dans une maison d'aliénés, a indiqué, d'une façon évidente, le droit du porte-fort de n'être soumis à aucun délai quant à la ratification.

Quand, dans une vente, le cessionnaire se porte fort avec ratification d'un co-propriétaire alors dans un asile de fous, il ne peut être question que d'une ratification subordonnée à l'état de santé de l'aliéné et par voie de conséquence, le vendeur ne peut être inquiété tant que l'individu est dans cette situation.

Dans l'espèce en question, la solution s'imposait d'autant plus que l'acquéreur connaissait la situation du copropriétaire.

La Cour de Limoges a très nettement dégagé le porte-fort dans ces termes :

« Qu'en se portant fort ou en promettant la ratification les appelants n'ont point promis ni voulu promettre une ratification immédiate ou impossible, et l'intéressé n'a pas entendu davantage accepter une ratification quelconque et sans valeur, mais seulement celle qui pourrait peut-être devenir nécessaire et être sérieuse au jour où cesserait l'interdiction de Germain Belly (l'aliéné). »

« Que les dispositions des articles 1119 et 1120 et suivants du Code civil sont d'une nature exceptionnelle de droit étroit, puisqu'on ne peut, en

général, s'engager en son propre nom que pour soi-même... »

Quand le tiers ratifie la convention, le contrat existe même quand le promettant ne se serait pas porté fort au sens strict du mot.

En effet, l'intérêt du porte-fort n'existe que quand il s'agit de paiement des dommages-intérêts pour non ratification ; si la ratification survient tout est pour le mieux, quelles que soient les modalités additionnelles qui aient pu se greffer sur la convention primitive.

Pour terminer cette revue des principales décisions de jurisprudence sur les différents chapitres de la convention de porter fort nous ajouterons une situation excessivement délicate, c'est de savoir si la ratification a pour effet d'entraîner la rétroactivité au jour où la convention est intervenue.

Vis-à-vis des tiers, la condition ne me paraît pas avoir d'intérêts, les tiers n'ayant pas à connaître de la convention primitive (1) (concernant une condition d'existence d'une société) : La distinction doit être faite au point de vue doctrine, en ce qui concerne les préjudices dont pourraient souffrir les tiers qui auraient garanti leur droit par une transcription, par exemple ; la condition ne nous paraît faire aucun doute pour les autres qui n'avaient pris aucune garantie (2).

Nous n'avons cité tous ces exemples de juris-

1. Civile, 4 août 1847. D. P. 47.1.309.

2. Civile, 13 déc. 1875. D. P. 76.1.97.

prudence que pour justifier l'opinion que nous avons émise en ce qui concerne le caractère *sui generis* de la convention de porte-fort. Ce caractère tout à fait indépendant des autres conventions auxquelles on a voulu l'assimiler ressort nettement des quelques décisions que nous venons de citer.

Dans un travail qui ne prétend pas à devenir un recueil jurisprudentiel de la question, nous ne pouvions étudier toutes les décisions des tribunaux rendues en à la matière, ce qui pourrait faire l'objet d'un livre complet, mais nous tenions, toutefois, à nous appuyer sur quelques décisions de principe pour étayer notre théorie concernant le caractère *sui generis* de la convention de porter fort.

QUATRIÈME PARTIE

Étude des interprétations qu'on a données de la Convention de porte-fort

Après la revue que nous venons de faire des décisions jurisprudentielles et après l'analyse de la situation juridique créée par la convention de porte-fort, il nous a paru intéressant d'examiner quelles avaient été les opinions plus particulières de certains auteurs sur la qualification exacte de l'obligation du porte-fort.

Il est toujours excessivement délicat d'assimiler immédiatement lorsqu'il s'agit de la définition d'une convention ou un contrat à une convention ou un contrat de même nature, et qui peut paraître correspondre exactement au même principe directeur ; ce système d'assimilation a le grave inconvénient d'empêcher l'étude complètement dégagée de l'obligation prise en elle-même en dehors des théories touchant les autres obligations et de tendre petit à petit à supprimer toute une série d'obligations d'un caractère *sui generis*, pour les faire

entrer dans des cadres d'une obligation analogue et n'ayant cependant pas les mêmes éléments.

En l'espèce les auteurs étaient encouragés à cette assimilation, par suite de l'insuffisance de documentation concernant l'existence de la convention de porte-fort dans le Code civil; nous avons déjà exposé plus haut, tout ce que nous pensons à ce sujet, à la fois, de la préparation des textes par les Juristes de l'Empire et à la fois, du texte lui-même.

Comme, d'autre part, la jurisprudence ne paraît pas avoir eu dans tous les domaines touchant ces obligations une directive solide, les auteurs sont évidemment tentés de se débarrasser de l'interprétation particulière à la promesse d'autrui et de la faire entrer dans le cadre d'autres obligations.

Le domaine de la clause de porte-fort est un domaine tout à fait distinct d'autre convention voisine, parce qu'il a ses caractères propres, et il suffira de reprendre les différentes théories émises à son sujet pour apporter une réponse catégorique, et conclure à notre opinion concernant le caractère *sui generis* de la convention de porte-fort.

CHAPITRE PREMIER

ASSIMILATION AVEC MANDAT

Il est intéressant, pour bien se rendre compte de la divergence entre le mandat et la convention du porte-fort, de montrer que le caractère juridique du mandat est tout à fait différent quant à son origine, de la promesse pour autrui.

Le mandat existe, dans notre Code civil, j'oserais dire avec sa personnalité propre. Il y a sa place, à l'article 1984, aux termes duquel c'est un pouvoir qu'un homme dénommé MANDANT donne à un autre appelé mandataire d'accomplir pour lui un ou plusieurs actes juridiques.

Cette définition du mandat a d'ailleurs été critiquée parce que trop restrictive de ce qu'est en réalité le mandat.

Sans discuter ici les principales distinctions du mandat avec d'autres obligations de même espèce, il est tout de même intéressant de dégager certains éléments du mandat qui lui donnent un caractère propre.

D'après la tradition antique le mandat était gratuit et on pourrait trouver là, au point de vue

origine, une assimilation avec la convention de porte-fort qui est, elle, par essence gratuite.

Mais, justement, l'article 1896 du Code civil, admet que le mandat peut être l'objet d'une rémunération à la condition toutefois que la mission dont le mandataire est chargé ne représente pas quelque chose qui soit assimilable à un louage de services, car dans ce cas les caractéristiques seraient tout à fait différentes et notamment une des conséquences les plus importantes résident dans ce fait que le mandat est révocable à volonté, tandis que le louage de services ne l'est pas.

A ce sujet, nous voyons déjà en ce qui concerne l'assimilation du mandat avec la clause de porte-fort une très grande divergence.

Il n'y a pas de révocation dans tout le mécanisme de la convention de porte-fort.

Il y a un premier engagement puis une ratification, mais le tiers qui ratifie n'a aucun pouvoir pour prétendre révoquer une procuration antérieure.

Le mandat, d'autre part, est généralement donné à des mandataires dans des termes très généraux, et le fait même de la généralité du mandat fut la cause de très nombreux abus, au point que le Code a précisé que les mandats donnés en termes généraux ne comprennent que des actes d'administration.

Toutefois, le mandataire représente une personnalité qui a une grande liberté d'action et en

dépit d'une jurisprudence aux termes de laquelle une procuration doit être interprétée d'une façon tout à fait restrictive, le mandataire jouit du privilège de l'indépendance la plus absolue, dans les limites du mandat qui lui est donné.

Ce caractère est tout à fait différent dans la convention de porte-fort, et c'est surtout en ce qui concerne la capacité des parties en jeu que la divergence apparaît plus profonde.

Il est de toute utilité que celui qui donne un mandat ait lui-même pleine capacité.

Il ne peut être, par exemple, ni un incapable, mineur, ni femme mariée, ou individu doté d'un tuteur à l'interdiction.

Quant au mandataire, la question est plus simple, et l'exemple le plus typique se présente dans le cas de la femme mariée, ou celui du mineur non émancipé.

Point n'est besoin que le mandataire ait sa pleine capacité. Il suffit que le mandant soit pleinement capable et il est seul juge de voir que la personne à laquelle il remet sa confiance a l'expérience voulue et les capacités requises pour exécuter sa mission. Le cas le plus fréquent est le mandat verbal du mari à la femme, car il est maintenant admis d'une façon générale que la femme peut aider son mari dans un certain nombre d'actes de la vie civile.

Si nous nous reportons à la convention de porte-fort, nous voyons, cette fois, combien la situation

est différente, et combien nous sommes loin des capacités requises pour le porte-fort, auquel on voudrait assimiler le rôle d'un mandataire, alors qu'en réalité souvent c'est le tiers, c'est-à-dire l'incapable, pour le compte duquel un majeur agit comme porte-fort, tandis que dans la vie pratique la femme mariée qui est une incapable est le mandataire de son mari.

Le mandat peut s'exercer certainement d'une façon tacite et plus particulièrement dans les rapports du mari et de la femme, mais en général, le mandat est donné sous forme de procurations pour lesquelles on exige souvent non seulement la rédaction d'un sous-seing privé mais encore la forme authentique devant notaire.

Cette procuration doit contenir naturellement d'une façon très exacte, les noms, prénoms, qualité, des parties en cause, avec l'indication des motifs de la procuration.

Là encore nous voyons la divergence profonde qui existe entre le mandat et la convention de porte-fort.

Dans le cas de la convention de porte-fort, nous avons déjà examiné les conditions de son existence et nous avons même admis que comme le tiers ne devait pas être considéré comme une partie, au moment où on rédigeait la convention, il était inutile de spécifier ses prénoms et qualité dans l'acte.

Si nous passons maintenant aux effets de l'exé-

cution du mandat, nous voyons combien ils sont différents des effets de la convention de porte-fort.

Lorsque le mandataire exécute le mandat dont il est chargé, il oblige directement son mandant vis-à-vis des tiers.

Le mandant se trouve dans la position analogue à celle où il se serait trouvé s'il n'avait pas eu de mandataire.

Mais bien souvent les mandataires dépassent les pouvoirs qui leur ont été donnés et dans ce cas le mandant ne peut être tenu pour au delà de la procuration qui avait été souscrite.

Il est évident que si le mandant ratifie purement et simplement, la convention passée avec les tiers lui est entièrement applicable et ne peut plus se dégager.

Le porte-fort est dans une situation tout à fait différente même lorsque le mandataire agit dans les limites de sa procuration.

En effet, comme nous venons de le voir, le mandataire accomplit des actes juridiques qui ne le touchent pas du tout personnellement et qui sont pour ainsi dire incorporés à la personne de son mandant, par conséquent, le mandataire ne dépend pas du tout du tiers, et relève uniquement de son mandat. Quant à la ratification de l'acte, toute différente est, nous l'avons vu, la position du porte-fort, et je n'ai pas besoin d'insister davantage à ce sujet.

Il est cependant une question intéressante qui

peut se poser au sujet de la comparaison de la situation du mandataire et du porte-fort, c'est le cas où le mandataire, ne tenant pas compte des termes restrictifs de la procuration qui lui a été donnée, va au delà de son mandat vis-à-vis du tiers avec lequel il contracte.

Peut-on dire qu'il y a à ce moment-là assimilation avec la situation du porte-fort, qui, lui aussi, s'engage avec un stipulant sans s'occuper de la volonté de ratification que le tiers devra ultérieurement exprimer ?

En réalité, cette assimilation est beaucoup plus apparente que réelle, et nous tirons justement de l'article 1997, l'explication de cette différence.

Si le mandataire, en effet, n'obtient pas la ratification de son mandant, il ne peut être pécuniairement tenu de dommages-intérêts vis-à-vis du co-contractant dans le cas le plus fréquent, c'est-à-dire lorsqu'il a donné à son co-contractant connaissance de la procuration dont il était chargé.

La conséquence normale, c'est que le tiers n'aura, dans ce cas, aucun recours ; il savait qu'il s'adressait à un mandataire, il a été mis au courant des conditions par lesquelles il pouvait s'engager avec ce mandataire par le texte de la procuration souscrite par le mandant, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même pour les risques de l'opération.

Par contre, il arrive souvent que le mandataire, de façon à réaliser l'opération projetée, accom-

pagne « accessoirement » d'une convention de porte-fort, la convention résultant du mandat.

Il fait alors une promesse pour autrui, il précise au tiers, que si la procuration ne porte pas en termes textuels que l'opération pourra être menée dans telles ou telles conditions, il se fait fort de rapporter quand même la ratification de son mandant. Naturellement dans ce cas, le tiers aura droit à une indemnité, non pas en vertu de la théorie du mandat, mais bien en vertu de la théorie du porte-fort.

Une des conséquences les plus importantes, c'est naturellement que si le mandant ratifie cette convention de porte-fort « accessoire », les avantages de l'opération projetée par lui sont acquis et le mandataire ne peut plus se tenir qu'il avait changé de qualité, au moment où l'obligation avait été souscrite (1).

Il résulte donc de tout ce que nous venons de dire, que la convention de porte-fort est bien un contrat tout à fait différent du mandat, et ne peut être assimilée à lui.

Certes dans la dernière espèce que nous avons signalée, le mandat peut s'accompagner d'une convention de porte-fort mais, dans ce cas-là, cette dernière garde ses caractères propres, tout en étant l'accessoire du mandat.

1. Cassation, 11 avril 1877. D. 77.1.190.

CHAPITRE II

ASSIMILATION AVEC LA GESTION AFFAIRES

Perdant de vue la question de l'assimilation avec le mandat, certains auteurs ont pensé que la clause de porte-fort pourrait être considérée comme une véritable gestion d'affaires, et plus particulièrement M. SAVATIER, dans un article très documenté paru dans le *Répertoire général pratique du Notariat* (1).

Dans cette étude l'auteur expose notamment comment la convention de porte-fort est devenue quelque chose d'exceptionnel.

Nous avons expliqué, d'autre part, comment cette affirmation pouvait se controuver dans les faits, et nous avons montré combien on avait pu multiplier les conventions de porte-fort suivant les circonstances économiques des dix dernières années.

L'auteur, tout en faisant l'analyse de la convention de porte-fort, tout en indiquant les conditions dans lesquelles une personne peut se porter fort

1. 1928, t. I, p. 61 et suivantes.

(forme, preuve, etc.), étudie les effets de la clause de porte-fort, ainsi que nous venons de le faire, mais a tendance à expliquer l'existence de la convention de porter fort comme une gestion d'affaires.

Le résultat c'est que, par exemple, l'auteur indique du nom de « *porté-fort* », le tiers qui doit éventuellement ratifier la convention, parce que, dans son idée, ce tiers est porté dans le sens passif du mot, en vue d'une obligation qu'il n'a pas encore souscrite, et il s'ensuit que dans le courant des explications, la gestion d'affaires se trouve visée d'une façon particulière, page 65, notamment : « naturellement il (celui qui promet) doit compter au tiers, pour lequel il s'est porté fort et dont il gère l'affaire, des sommes et prestations qu'il a pu recevoir pour lui ». Un peu plus loin à la page 67, parlant de la stipulation du porté-fort, c'est-à-dire dans l'appellation courante du tiers de la personne qui ignore la convention passée en son nom il écrit : « comme on l'a vu, et sauf le cas de confusion des deux patrimoines par voie de succession, il est libre de ratifier ou non la gestion d'affaires du porte-fort ; en cas de ratification il se met dans la même situation que s'il avait contracté lui-même et en cas de non ratification le contrat auquel il refuse d'adhérer tombe tout entier faute de consentement ».

Dans la première hypothèse, il a le droit d'exiger de son gérant des comptes au sujet des presta-

tions fournies en vertu du contrat rétroactivement validé. L'auteur admet donc par ce fait même tous les effets de la rétroactivité en ce qui concerne la question plus spéciale de savoir si le tiers a été ou non partie au contrat primitif, et l'auteur ajoute un peu plus loin : « dans la seconde hypothèse le contrat n'ayant jamais existé au regard du porté-fort, il doit être remis dans la même situation, que s'il n'avait jamais été question de ce contrat ».

Il y a forcément restitution de toutes les prestations qui ont pu être fournies en l'acquit du porté-fort, c'est-à-dire du tiers, aux autres parties; si celles-ci sont solvables le porte-fort (celui que nous appelons la personne qui a promis) ayant mal géré l'affaire du porté-fort, doit garantir ce dernier contre le préjudice qu'il éprouve.

Il résulte de toutes ces appréciations, que la clause de porte-fort est considérée comme une véritable gestion d'affaires.

Or, nous pensons que la convention de porter fort et la gestion d'affaires, sont deux sortes d'obligations différentes, n'ayant ni la même origine, ni les mêmes effets.

On peut dire que la gestion d'affaires existe, quand une personne accomplit un acte, pour autrui, sans que le tiers l'en ait chargé.

Par conséquent nous ne sommes plus comme tout à l'heure dans la théorie du mandat qui prévoyait une procuration préalable. Ici, la per-

sonne agit de son chef, sans instructions préalables, sans directives, même orales ; à vrai dire, il y a beaucoup de points de contact dans la pratique entre le mandant et la gestion d'affaires.

Très souvent, dans la gestion d'affaires, le maître connaît et est au courant des tractations menées par le gérant, et il résulte que, de ce chef, le gérant semble agir en vertu d'un vrai mandat tacite.

Mais les obligations résultant de la gestion d'affaires ne sont pas les mêmes que celles qui résultent de la clause de porte-fort.

Les conséquences émanant de la volonté des individus ne se présentent pas sous le même signe et n'ont pas la même importance.

En ce qui concerne le gérant, l'article 1374 est applicable, il doit rendre compte de sa gestion, et prouver qu'il a soigné l'entreprise comme un bon père de famille.

Toutefois, le mandataire n'est point soumis aux mêmes obligations que le gérant, car en vertu du pouvoir de révocation immédiate, le mandat de ce dernier peut continuer pour son compte les tractations entamées ; la loi contraint au contraire le gérant à achever ces tractations.

Toutefois il résulte de tout ce que nous venons de dire, qu'entre gérant et mandataire, il y a peu de différence et on a pu assimiler leur fonction dans chacun de ces contrats.

Nous dirons donc du gérant ce que nous avons déjà dit du mandataire : il est loin d'avoir la posi-

tion de celui qui se porte-fort parce qu'un élément indispensable manque à la mission dont il est investi, dans la gérance ou dans le mandat, c'est justement qu'il est chargé de faire quelque chose par un tiers.

Si maintenant nous passons à la situation du maître dans la gestion d'affaires, elle est loin d'être identique à celle du tiers dans l'obligation de porte-fort.

En effet, tandis qu'ainsi que nous venons de le voir, le gérant d'affaires a son champ bien délimité au point de vue des droits résultant de sa mission, l'obligation du maître est d'un tout autre ordre.

Pour que l'obligation de maître existe, il est de toute nécessité d'étudier la condition, d'où est née l'obligation de ce maître dont l'affaire a été gérée.

L'important pour que la gestion d'affaires ait un effet réel, c'est qu'elle ait été ratifiée et qu'elle ait servi aux intérêts du maître.

Je n'étudie pas ici le cas particulier de la stipulation pour autrui qui peut intervenir, et qui est tout à fait en dehors de notre exposé.

Si le maître donc profite de la gestion d'affaires, la contre-partie de ces avantages se manifeste dans ces obligations : il doit payer à son gérant d'affaires toutes les dépenses nécessaires aux négociations ; il doit prendre place vis-à-vis des tiers et doit décharger son gérant d'affaires à leur rencontre, peut-être même leur verser une indemnité.

Or, si nous voyons maintenant quelle est la condition du tiers dans la convention de porte-fort, peut-on soutenir que, dans cette convention, le tiers ait quoi que ce soit à rembourser à la personne qui s'est portée fort.

Si nous reprenons le cas d'absence, où le capitaine au long cours ne peut assister à la signature de la vente d'un immeuble dont la propriété est indivise avec ses frères, rien ne contraint ce capitaine au long cours, à son retour, et lorsqu'il apporte la ratification, de payer à ceux qui ont signé avant lui et en se portant fort pour lui, un certain nombre de frais accessoires autres que les frais d'acte auxquels il est strictement soumis, sans compter le dédommagement pour démarches et pertes de temps.

Peut-être a-t-il fallu un déplacement, un séjour dans un hôtel, des communications téléphoniques, des dépenses plus conséquentes encore, rien de tout cela n'entre dans un compte quelconque, que celui qui a promis peut présenter à l'absent.

Si nous examinons les obligations du maître vis-à-vis des tiers, le maître est tenu évidemment de prendre à son compte tout ce que le gérant a déclaré souscrire en son nom, et dans ce cas là il agit plutôt en qualité de mandant qu'en qualité de maître.

Or, si nous nous reportons à la théorie normale de la convention de porte-fort, nous ne voyons pas du tout que cette convention qui prépare la ratifi-

cation future, revête les mêmes formes juridiques vis-à-vis du stipulant que dans le cas de la gestion d'affaires.

L'utilité de la gestion vaut la ratification, le tiers dans la convention de porte-fort, est complètement libre de ratifier ou non, même si l'affaire lui a été utile.

Cependant il se produit, comme en matière de mandat, la possibilité d'une adjonction d'une clause de porte-fort à la gérance d'affaires.

Souvent le gérant manifestera vis-à-vis du tiers, avec lequel il traite, sa volonté de se porter fort, vis-à-vis de son maître.

Aussi, lorsque, par hasard, il aura adjoint à sa gestion d'affaires, une convention de ce genre, il devra s'empresser d'obtenir de son maître la ratification de tout ce qui a été décidé, non point seulement en tant que *negociorum gestor*, mais en tant que personne qui a promis, car le tiers peut, dans ce cas, si le maître refuse de ratifier, se retourner contre celui qui s'est porté fort, et lui demander des dommages-intérêts. Il faut ajouter cependant que ces dommages-intérêts ne seront pas dus strictement comme un porte-fort ordinaire, mais il doit simplement la réparation du préjudice.

CHAPITRE III

ASSIMILATION AVEC LE CAUTIONNEMENT

Nous terminerons l'étude des comparaisons entre la convention du porte-fort et les autres natures d'obligations qui y ressemblent, par une dernière critique concernant son assimilation avec la caution.

La caution est une convention aux termes de laquelle deux personnes, un créancier et un débiteur, étant en présence, un tiers s'engage avec le créancier, à prendre les lieu et place du débiteur si ce dernier ne respecte pas l'obligation.

Les caractéristiques de la caution sont tout à fait différentes de celles de la convention de porte-fort.

S'emparant de cette définition générale, certains auteurs ont pensé que la situation du porte-fort qui s'oblige simplement à rapporter le consentement du tiers, pour un contrat déterminé, est beaucoup trop brève, car elle peut donner au porte-fort des fonctions plus étendues que celles d'un représentant ordinaire.

Aussi pour placer le porte-fort dans un cadre d'activité plus juridique, certains auteurs ont pensé que le porte-fort a un rôle très important dans la convention qu'il signe, et qu'en réalité il est véritablement la caution du tiers, pour lequel il s'engage de rapporter la ratification.

Nous n'allons pas chercher, dans la critique de cette opinion, le fait qu'elle n'est pas appuyée sur la tradition historique du Code civil. Mais de là à penser que le législateur, voulant traduire la pensée de POTHIER, a innové sans le vouloir dans cette matière, est une opinion qui nous paraît aller un peu loin dans le chemin des interprétations.

Ce n'est pas parce que POTHIER dit au sujet de la question de la présomption de porte-fort : « en ce cas la convention est valable, et elle oblige celui qui a promis aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de ce dont il s'est fait fort », qu'il faut en déduire que POTHIER a entendu vouloir assimiler, à cause des dommages intérêts, celui qui promet pour autrui à une véritable caution.

Aussi cette opinion s'appuie-t-elle sur d'autres considérations, et sans parler de l'interprétation tirée du système allemand concernant l'hypothèque de sûreté, sans aller demander à l'article 1120 de traduire une pensée, qu'il n'a jamais voulu exprimer, nous sommes obligé de nous en référer aux simples indications classiques sur la caution, pour maintenir notre idée, à savoir, que le porte-fort est une convention *sui generis*. Nous allons

d'ailleurs voir en quelques lignes, les différences importantes qui nous font repousser l'interprétation de l'assimilation de la clause de porte-fort au cautionnement.

Tout d'abord le cautionnement est unilatéral, par le fait que le créancier ne donne rien à celui qui se porte caution. Il ne prend aucune responsabilité vis-à-vis de lui. Seule la caution en prend une, et ce n'est pas parce qu'en général la caution a agi à titre gratuit et que le porte-fort également n'a droit à aucune rémunération, qu'il faut en déduire l'assimilation des deux contrats, attendu que le caractère unilatéral du contrat de cautionnement lui reste propre.

L'un des éléments intéressants du contrat de cautionnement c'est qu'il suppose obligatoirement l'existence d'un contrat, auquel il est adjoint à titre accessoire, il faut qu'il y ait au préalable un créancier et un débiteur. Dans la convention de porte-fort, nous ne trouvons rien de semblable, attendu que la convention est en elle-même un contrat et que lorsque celui-ci promet pour autrui, met sa signature en bas d'un acte, où le stipulant signe avec lui, il y a là un contrat qui forme un tout à lui seul, et qui n'a pas besoin de s'adjoindre à un autre contrat antérieur. Nous dirons même qu'il est exclusif de toute idée de contrat antérieur et nous verrons tout à l'heure pourquoi l'idée même d'un contrat postérieur ne peut pas se poser.

Continuons d'analyser les caractères du cautionnement. C'est un acte consensuel qui est régi par les principes généraux du droit, et qui n'est pas soumis à certaines formalités comme le double; il n'en est pas moins une forme de contrat, qui ne se présume pas.

Or, n'avons-nous pas vu, lorsque nous avons étudié antérieurement déjà la question de la présomption, comment cette forme expresse n'est point du tout exigée dans la création de la convention de porte-fort.

Si l'on a pu dire que le porte-fort ressemble à la caution parce qu'il n'est tenu que si le tiers ne satisfait pas le créancier, il n'en est pas moins vrai qu'il n'est jamais qu'un débiteur accessoire.

Les applications pratiques du cautionnement se trouvent dans des domaines tout à fait différents de la convention de porte-fort, plus particulièrement le cautionnement est employé surtout en matière de paiement de dette d'argent.

Les conditions à remplir par les cautions, sont d'ailleurs tout à fait différentes de celles remplies par ceux qui promettent pour autrui.

Une femme autorisée est capable de servir de caution. Le domicile de la caution est restrictivement fixé dans le ressort de la Cour d'appel afin que le créancier ne soit pas obligé de se déplacer pour plaider.

Enfin le principe de la caution c'est d'être elle-même quelqu'un de solvable.

Rien de tous ces éléments ne se retrouve dans la personne de celui qui se porte fort.

Nous avons vu d'autre part, qu'en vertu même de l'article 1120 du Code civil, celui qui a promis pour autrui est libéré dès que la ratification a eu lieu.

Il n'en est pas de même de la caution, qui est tenue, vis-à-vis du créancier principal, du paiement, par exemple s'il s'agit d'une somme d'argent.

Quant à l'obligation elle-même, le but est tout à fait différent si la ratification n'est pas obtenue. Celui qui a promis pour autrui, est obligé de verser des dommages-intérêts à son co-contractant, à cause du préjudice qu'il a subi, mais ainsi que nous l'avons déjà indiqué précédemment, il n'est pas tenu de remplir l'obligation elle-même. La caution, au contraire, est actionnée par les créanciers qui lui font prendre, pour ainsi dire, les lieu et place du débiteur.

Caution et débiteur ne représentent vis-à-vis du créancier qu'une seule et même personne.

Continuons d'examiner ces divergences. La caution est strictement limitée par l'obligation à laquelle elle s'est engagée, elle n'est pas obligatoirement égale au montant de la dette, et sa responsabilité peut diminuer dans la mesure où l'obligation elle-même diminue.

Il n'en est pas de même dans la convention de porte-fort et il se peut fort bien que les dommages-intérêts versés par celui qui a promis en cas de

non ratification représentent bien une somme supérieure à la valeur même de l'engagement que le tiers devait prendre.

Nous devons signaler également, que le bénéfice de discussions ne peut être opposé par le porte-fort, tandis que la caution a cet avantage.

Citons également la question de la subrogation légale, accordée par l'article 1151 ; mais si nous abordons la nature même de l'obligation, par exemple, la caution n'est pas dégagée d'une obligation principale sous prétexte que le débiteur peut soulever une exception de nullité à cause de son incapacité

Le porte-fort n'est pas dans le même cas. S'il s'agit, par exemple, d'une obligation contractée sous l'empire d'un dol, la nullité qui sera ordonnée par un jugement pourra profiter à la caution qui a été demandée, mais le porte-fort restera toujours obligé alors même que le débiteur obtiendrait l'annulation devant les tribunaux.

En résumé, le porte-fort n'est pas du tout dans la même situation que la caution et, en dehors, de toutes les considérations que nous venons d'exposer, la formule a été trouvée par un de nos auteurs contemporains : « la caution garantit l'exécution de la dette », elle s'engage à payer la dette d'autrui, si le débiteur ne satisfait pas lui-même à son obligation ; son engagement commence donc quand finit celui du porte-fort. Une même personne peut consentir à jouer successivement les deux rôles

et s'engager pour autrui, d'abord comme porte-fort, ensuite comme caution mais, dans ce cas, les deux obligations restent distinctes en sa personne » (*Traité élémentaire de Droit civil* de MM. PLANIOL et Georges RIPERT. Edition 1932, p. 390 *in fine*).

Nous avons donc fini d'examiner quelles étaient les différentes opinions émises en matière d'interprétation de la clause de porte-fort.

Nous avons vu notamment comment on pouvait critiquer le fait, que cette convention ne pouvait être comparée au mandat, qu'elle ne pouvait pas non plus être comparée à la gestion d'affaires, qu'elle n'est pas comparable à la caution. Nous ne pouvons, dans un travail aussi bref, chercher si, en doctrine, on pourrait examiner d'autres contrats auxquels cette convention de porter fort pourrait être comparée ou assimilée, d'autant que nous prétendons que cette obligation a un caractère *sui generis*.

CONCLUSIONS

Nous avons essayé, dans cet exposé, de démontrer tout d'abord, comment se manifestait actuellement la convention de porte-fort.

Nous avons ensuite, afin d'être complet, fait une allusion à ce qu'avait été le rôle de cette convention de porte-fort au temps de droit romain, et nous avons découvert les sources de cette obligation comme étant d'ores et déjà, à cette époque, un véritable contrat *sui generis*. Nous avons démontré également, en recherchant chez les précurseurs du Code civil, comment ils avaient entendu définir et étudier la convention du porte-fort, nous parlons plus particulièrement de DOMAT et surtout de POTHIER dont le témoignage a été invoqué justement par des auteurs, qui concluent dans un sens tout à fait opposé au nôtre, parce qu'ils ont voulu faire dire en réalité à POTHIER ce qu'il n'a pas dit, ou sans aller jusque-là, tirer, des opinions émises par ce grand juriste, des déductions qui n'étaient certainement pas celles de sa pensée.

Il est hors de doute que si POTHIER avait cru devoir assimiler la convention de porte-fort à l'un

quelconque des contrats déjà existants, il pouvait, dans les différents paragraphes où il a étudié notre convention, faire une allusion à cette assimilation ; il ne l'a pas fait.

En ce qui concerne les rédacteurs du Code et bien que nous ayons déjà formulé à leur sujet certaines réserves, ils pouvaient fort bien, eux aussi, soit à l'occasion de la rédaction des articles 1119 et 1120 du Code civil, soit surtout, lors de la rédaction d'autres articles visant d'autres formes de convention, faire une allusion, en quelques lignes, au rapprochement qu'on pourrait faire entre la convention de porter fort et d'autres obligations.

Ils ne se sont pas embarrassés d'explications, et d'ailleurs personne ne leur en demandait, par conséquent, il leur aurait été loisible, par une simple phrase, d'exprimer, eux aussi, une opinion fort intéressante à ce sujet, mais nous avons été plus loin.

Nous avons examiné la convention de porter fort en elle-même, nous avons vu comment elle naissait, quelles étaient ses caractéristiques, ses éléments absolument indépendants des autres contrats, nous avons examiné plus particulièrement la question de la présomption, fort importante dans la matière.

Nous avons vu le rôle joué respectivement par chacun des deux acteurs, le stipulant, celui qui fait la promesse et celui qui la ratifie.

Nous avons donné à ce sujet, quelques opinions de la doctrine. Pour permettre à notre exposé d'avoir un caractère plus pratique, nous avons parcouru quelques décisions de jurisprudence sans nous appesantir inutilement, mais parce que ces décisions tout en étant tout à fait différentes dans les solutions proposées et dans l'analyse même du caractère du contrat, n'infirment pas l'idée qu'il peut s'agir d'un contrat *sui generis*. Nous avons terminé notre exposé en passant en revue quelques-unes des interprétations de la nature du contrat de porte-fort qui prétendaient assimiler ce contrat à d'autres formes d'obligations déjà existantes, aussi faut-il envisager la seule solution logique, celle de considérer la convention de porter fort comme un contrat d'une nature spéciale, avec ses caractéristiques spéciales et ses effets tout à fait particuliers et importants.

Les allusions que nous avons faites à l'emploi de ce mode de convention et les discussions dont nous avons rapporté les échos, sans parler des décisions de jurisprudence assez rares pour les raisons que nous avons indiquées, prouvent qu'il s'agit d'un mode d'obligation d'une exceptionnelle importance et qui, en dépit de toutes les difficultés que nous avons signalées, survit après des siècles d'existence, s'adaptant aux besoins des hommes modernes et à leur nécessité économique : et c'est justement l'une des fonctions pratiques du droit civil que de servir les intérêts des particuliers

tout en réglementant les droits des obligations de chacun. L'article 1119 tel qu'il est, suffit en lui-même à classer le porte-fort parmi les conventions *sui generis*.

Vu : le Président de thèse,
G. RIPERT

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY

BIBLIOGRAPHIE

- Aubry et Rau.* — Cours de droit civil français, 5^e édition
Paris, 1897.
- Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade.* — Traité théorique
et pratique de droit civil : Des personnes, 2 vol.
Paris, 1900.
- Beudant.* — Cours de droit civil français, 2 vol. parus, 1896-
1899.
- Boistel.* — Cours de droit commercial, 2^e édition.
- Dalloz.* — Répertoire méthodique et alphabétique de législa-
tion, de doctrine et jurisprudence, 44 vol., 1870.
- Demante et Colmet de Santerre.* — Cours analytique du Code
civil, 9 volumes, Paris, 1880-1888.
- Demolombe.* — Cours du Code Napoléon, 30 vol., Paris, 1845-
1879.
- Domat.* — Traité des lois.
- Fenet.* — Recueil des travaux préparatoires du Code civil,
15 vol., Paris, 1836.
- Fuzier-Herman.* — Répertoire général alphabétique du droit
français, 36 volumes, Paris, 1886-1905.
- Geny.* — Méthode d'interprétation et sources en droit privé
positif, Paris, 1899.
- Huc.* — Commentaire théorique et pratique du Code civil,
Paris, 1892.
- Journal officiel,* an 1885 et 1887.
- Lambert.* — Etudes de droit commun législatif. La fonction du
droit civil comparé, Paris, 1903.
- Larombière.* — Théorie et pratique des obligations, 7 vol.
Paris, 1885.
- Merlin.* — Répertoire de jurisprudence, 13 volumes, Paris,
1807.

- Pandectes françaises* — Nouveau répertoire de doctrine de législation et de jurisprudence, 59 vol., 1886-1905.
- Planiol et Ripert.* — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., Paris
- Pothier.* — Traité du contrat de mariage.
- Traité des obligations, 1861.
 - Revue critique, an 1882.
 - Revue générale du droit, an 1879.
 - Revue internationale de l'enseignement, 1900, t. III.
 - Revue trimestrielle de droit civil, an 1903.
- Répertoire général pratique du Notariat* (Defrénois), 1928, t. I.
- Sauzay.* — Essai sur les procédés d'élaboration du droit employé par la jurisprudence française en droit civil, Paris, 1904.
- Tamboise* — De la clause de porte-fort, essai d'une théorie nouvelle, Lille, 1906.
- Toullier.* — Le droit civil français, t. I, 15 vol., Paris, 1842.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

PREMIÈRE PARTIE

La convention de porte-fort dans son histoire et dans sa source.

CHAPITRE PREMIER. — Considérations générales.....	7
CHAPITRE II. — Droit romain	10
CHAPITRE III. — Les précurseurs du Code civil.....	12
CHAPITRE IV. — Le Code civil.....	16
CHAPITRE V. — La convention de porte-fort depuis le Code civil	21
CHAPITRE VI. — Les articles 1119 et 1120 dans la doc- trine	24
CHAPITRE VII. — De la notion que le porte-fort est une obligation à caractère particulier.....	31
CHAPITRE VIII. — De la clause pénale.....	40
CHAPITRE IX. — Domaine d'application.....	44

DEUXIÈME PARTIE

*Position des parties au point de vue juridique,
avant, pendant et après la ratification.*

CHAPITRE PREMIER. — Position de celui qui se porte fort, avant la ratification.....	57
CHAPITRE II. — Position du stipulant, avant la ratifi- cation	59
CHAPITRE III. — Position du tiers, avant la ratifica- tion	61
CHAPITRE IV. — Situation des parties lors de la ratifica-	

tion de la promesse par le tiers. Condition de cette ratification	63
Conséquences de la ratification	64
CHAPITRE V. — Cas où la ratification n'est pas obtenue	66
CHAPITRE VI. — Position du porte-fort et du tiers en cas de substitution	69

TROISIÈME PARTIE

<i>Le porte-fort dans le domaine jurisprudentiel</i>	73
--	----

QUATRIÈME PARTIE

<i>Etude des interprétations qu'on a données à la convention de porte-fort</i>	91
CHAPITRE PREMIER. — Assimilation avec le mandat....	91
CHAPITRE II. — Assimilation avec la gestion d'affaires..	98
CHAPITRE III. — Assimilation avec le cautionnement..	105
CONCLUSION	112
BIBLIOGRAPHIE	116

